
DEUTSCHE ZEITSCHRIFT FÜR
**WIRTSCHAFTS
RECHT**

Herausgeber Jürgen F. Baur • Hermann-Wilfried Bayer • Norbert Horn • Ernst Niederleithinger • Hans-Jürgen
Papier • Dieter Reuter • Rolf A. Schütze • Stefan Smid • Harm Peter Westermann

Jahrgang 1994

Walter de Gruyter • Berlin • New York

Impressum

© Copyright 1994 by Walter de Gruyter & Co., Berlin.

Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, denn diese sind geschützt, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Fotokopien für den persönlichen und sonstigen eigenen Gebrauch dürfen nur von einzelnen Beiträgen oder Teilen daraus als Einzelkopien hergestellt werden. Jede im Bereich eines gewerblichen Unternehmens hergestellte oder benutzte Kopie dient gewerblichen Zwecken gem. § 54 (2) UrhG und verpflichtet zur Gebührenzahlung an die VG WORT, Abteilung Wissenschaft, Goethestraße 49, D-80336 München, von der die einzelnen Zahlungsmodalitäten zu erfragen sind.

Für unverlangt eingereichte Manuskripte wird keine Haftung übernommen. Rücksendung erfolgt nur, wenn Rückporto beigelegt ist. Die Übersendung eines Manuskripts beinhaltet die Erklärung, daß der Beitrag nicht gleichzeitig anderweit angeboten wird.

Verantwortlich für den redaktionellen Teil: Rechtsanwalt Michael Schmidt, Kurfürstendamm 171, D-10707 Berlin. Telefon: (0 30) 8 83 99 90, Telefax: (0 30) 8 83 99 72.

Verantwortlich für den Anzeigenteil: Elvira Schmiel im Verlag Walter de Gruyter & Co., Berlin. Anzeigenschluß am 20. eines Vormonats. Zur Zeit gültige Anzeigenpreisliste Nr. 1 vom 1. 6. 1991.

Verlag: Walter de Gruyter & Co., Genthiner Str. 13, D-10785 Berlin; *Postanschrift*: Postfach 30 34 21, D-10728 Berlin. Telefon: (0 30) 2 60 05-0, Fernschreiber: 1 84027, Fernkopierer: (0 30) 260 052 51, Postbankkonto: Berlin 103 07-108 (BLZ 100 100 10).

Printed in Germany.

Gesamtherstellung (Satz/Druck/Buchbinder): H. Heenemann GmbH & Co, D-12103 Berlin.

DEUTSCHE ZEITSCHRIFT FÜR WIRTSCHAFTS RECHT

Vereinigt mit
WIRTSCHAFTSRECHT
Zeitschrift für Theorie und Praxis

Herausgeber Jürgen F. Baur • Hermann-Wilfried Bayer • Norbert Horn • Ernst Niederleithinger • Hans-Jürgen Papier • Dieter Reuter • Rolf A. Schütze • Stefan Smid • Harm Peter Westermann

Aufsätze

Christoph Becker*

Wirkungslose Bürgschaften und andere persönliche Sicherheiten naher Angehöriger

*Bemerkungen zum Verständnis der Privatautonomie in der jüngeren Rechtsprechung***

I. Einleitung: Überforderung naher Angehöriger durch Mitverpflichtung

Kreditgeber könnten ein Klagelied anstimmen. Insolvenzen haben einen anhaltend hohen Stand und münden überaus häufig nicht in ein geordnetes Befriedigungsverfahren, weil das, was man noch verteilen könnte, nicht einmal die Kosten des Befriedigungsverfahrens decken würde. Das wäre zu ertragen, wenn nicht zugleich immer öfter die mit der Hereinnahme von Kreditsicherheiten getroffene Vorsorge versagte. Das ist nicht nur dann der Fall, wenn der Gläubiger einer unvorsichtigen Fehleinschätzung der Werthaltigkeit erlag¹, sondern kann auch bei wohldurchdachtem Zuschnitt der Sicherheiten geschehen. Ihre Einschätzung als sittenwidrig nach § 138 Abs. 1 BGB oder als unangemessen nach § 9 Abs. 1 AGBG vernichtet die Aussicht auf Befriedigung. Das betrifft namentlich das Mißverhältnis zwischen Sicherheit und gesicherter Schuld, welches mit dem Schlagwort der Übersicherung bezeichnet wird², und das Mißverhältnis zwischen gesicherter Schuld und Finanzkraft des die Sicherheit Gewährnden. Der erste dieser beiden Gesichtspunkte scheint vornehmlich den

Sicherungsübertragungen zu gelten, der zweite der Bürgschaft und den mit ihr verwandten anderen Personalsicherheiten. Die beiden Ansätze sind eigentlich einander entgegengesetzt. Stark vereinfacht könnte man sagen: Der eine knüpft daran an, daß die Sicherheit zu wertvoll ist, der andere daran, daß sie angesichts der Höhe der Schuld für den Kreditgeber so gut wie wertlos ist. Ihnen ist aber gemein, daß es stets um die Frage geht, ob der die Sicherheit Gewährnde nicht Schonung verdient, Rettung seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit. Die Nachbarschaft beider Aspekte verdeutlicht ein Blick in das Zwangsvollstreckungsrecht. § 803 Abs. 1 Satz 1 ZPO verbietet die Überpfändung, § 803 Abs. 2 ZPO untersagt die sinnlose Pfändung. Es erscheint fast als zwangsläufig, daß sich solche Regulierungen des hoheitlichen, aber privatnützigen Zugriffs in der Beurteilung von Sicherungsgeschäften spiegeln, die nichts anderes sind als die private Vorbereitung eines Zugriffs. Auf den zweiten Gesichtspunkt, die Überforderung des Bürgen mit dem von ihm erteilten Versprechen, richten sich die jüngsten Bemühungen der höchsten Gerichte um eine gerechte Fortentwicklung, die bereits ihre Beschreibung mit dem Satz „Bürgen in Sippenhaft dürfen aufatmen“ erfahren ha-

ben³. Ihnen sollen hier einige Überlegungen gewidmet sein.

Es ist, so stellt das Bundesverfassungsgericht fest, üblich geworden, daß Kreditinstitute bei der Ausgabe von Konsumkrediten und bei der Gewährung von Geschäftskrediten an mittelständische Unternehmer Bürgschaftsverträge mit Familienangehörigen schließen, ohne dabei deren finanzielle Leistungsfähigkeit zu prüfen⁴. Vor allem

* Dr. iur., Wissenschaftlicher Assistent, Univ. zu Köln, Dozent an der Verwaltungs- und Wirtschafts-Akademie Köln.

** Zu BVerfG, Beschl. v. 19. 10. 1993 – 1 BvR 567/89 und 1 BvR 1044/89, NJW 1994, 36 ff. = ZIP 1993, 1775 ff.; BGH, Urt. v. 24. 2. 1994 – IX ZR 93/93, DZWir 1994, 420 ff. (in diesem Heft) = NJW 1994, 1278 ff. = ZIP 1994, 520 ff., zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen; BGH Urt. v. 24. 2. 1994 – IX ZR 227/93, DZWir 1994, 416 ff. (in diesem Heft) = NJW 1994, 1341 ff.

¹ Hier gibt sich die Bankwelt dem Vernehmen nach zuweilen erstaunlich robust und verschmerzt sogar optimistisch auf knapp 50 Mio. DM bezifferte Verluste mit Nonchalance. „Peanuts“ nennt der Vorstandssprecher der Deutschen Bank, Kopper, solche Ausfälle (FAZ v. 26. 4. 1994, S. 17).

² Siehe nur BGH, NJW 1994, 864 ff.

³ Löwe, Bürgen in Sippenhaft dürfen aufatmen, in: ZIP 1993, 1759.

⁴ BVerfG, NJW 1994, 36, gestützt auf eine Stellungnahme des Bundesverbandes deutscher Banken, wonach etwa 35 % bis 40 %, vereinzelt aber auch bis zu 90 % der Existenzgründungsdarlehen durch Verpflichtung von Ehepartnern der Darlehensnehmer gesichert werden.

junge Erwachsene verhelfen mit ihrer Bürgschaft ihrem Ehegatten oder ihren Eltern zu einem Darlehen. In den letzten zehn Jahren haben sich die Zivilgerichte zunehmend mit Fällen beschäftigen müssen, in denen die Verbürgung zu einer Überschuldung ohne Ausweg führte, weil die Bürgen weder über hinreichendes Einkommen noch über ein entsprechendes Vermögen verfügten⁵. In diesen mageren Worten steckt nicht weniger als die Beschreibung lebenslanger Existenzvernichtung, eines Zurückgeworfenseins auf die Pfändungsfreigrenzen bis zum Tode, was nicht allein ein finanzielles Problem ist, sondern Möglichkeiten persönlicher Entfaltung überhaupt radikal klappt, Familien zerstört oder ihr Werden erstickt, kurz: eine Tragödie bedeutet.

Nun dürfte das auch in der nun bekannt werdenden Häufigkeit kein neues Phänomen sein. Es wird eher so sein, daß sich das Leid früher im Stillen vollzog, während heute ein gewachsenes Selbstbewußtsein des schwächeren Teils ihm den Mut zur Auseinandersetzung in einem Prozeß verleiht. Die routinemäßige Einbeziehung von Ehegatten und anderen nahen Angehörigen ist übrigens nicht auf die Konsumkredite und Geschäftskredite der Banken und Sparkassen beschränkt. Sie gehört auch zur Finanzierung des Erwerbs von Wohneigentum. Ebenso sehr ist sie außerhalb der Kreditinstitute, namentlich beim Kauf höherwertiger Sachen seit langem an der Tagesordnung, insbesondere im Handel mit Möbeln, Haushaltsgeräten und Kraftfahrzeugen, sofern diese Geschäfte nicht sogleich bar abgewickelt werden. Dabei macht es regelmäßig kaum einen Unterschied, ob die Ware bei Lieferung vollständig bezahlt werden soll oder ob es sich um ein Abzahlungsgeschäft handelt. Ein Verkaufsberater, der es versäumen sollte, bei offensichtlich verheirateten oder sonst gemeinsam durchs Leben gehenden Kunden die Unterschrift des Partners einzuholen, würde sich schwere Vorhaltungen der Geschäftsleitung gefallen lassen müssen.

Die exakte Zuordnung der Verpflichtung des oder der Angehörigen zu den Kategorien Bürgschaft oder Mitschuldübernahme wird insbesondere im Handel oftmals dank mehrdeutiger Formulierung des vorgedruckten Textes nicht auf der Hand liegen. Sie ist aber auch für die Frage der Überforderung nicht wichtig. Wenn die Angehörigen sich zu Zusagen hinreißen lassen und dies bedenklich ist, dann kann es auf die systematische Stellung der Absprache im

Schuldrecht nicht ankommen. Was jetzt Bundesverfassungsgericht und Bundesgerichtshof⁶ zur Bürgschaft ausführen, kann grundsätzlich auch für die Schuldmitübernahme, die Garantie, für den Kreditauftrag nach § 778 BGB, und die Patronatserklärung⁷ Geltung beanspruchen. Die drei letztgenannten Personalsicherheiten dürften zwar bislang kaum je zur Einbeziehung von nahen Angehörigen verwendet worden sein. Aber immerhin könnte sie nunmehr der Gläubiger auf den ersten Blick als eine Ausweichmöglichkeit angesichts der sogleich darzustellenden Erschwernisse bei der Hereinnahme von Bürgschaften empfinden, was sich indessen konsequenterweise als Irrtum herausstellen müßte. Entscheidend anders kann es hingegen dort sein, wo der Familienangehörige zum Vertragspartner in dem zu sichernden Geschäft selbst gemacht wird, sei es, daß er mit in die Rolle des Darlehensnehmers schlüpft, sei es, daß er mit als Käufer auftritt. Nicht selten wird der auf diese Weise gleichgeordnet Mitverpflichtete durchaus ein eigenes Interesse an seiner Stellung im Vertrag haben und daraus Nutzen ziehen. Es kann aber auch so sein, daß ihm an der Teilhabe an dem Vertrag gar nichts liegt. Die von der Rechtsprechung bei der Würdigung überfordernder Bürgschaften gefundene Kategorie des Eigeninteresses, von der unter anderem zu handeln sein wird, stünde in unklaren Fällen vor einer besonders harten Probe.

II. Lösungsansätze

Die Gerichte erster und zweiter Instanz hatten den Bedrängten zu helfen versucht, mußten jedoch bislang ihre Argumentationen vom Bundesgerichtshof mißbilligt sehen. Im wesentlichen boten sich, wenn nicht geradezu arglistige Täuschung über das vom Mitzuverpflichtenden zu übernehmende Risiko mit der Folge eines Anfechtungsrechts nach § 123 BGB festzustellen war, drei Lösungsansätze an.

Zum einen haben Rechtsprechung und Wissenschaft ein vielfältiges System vorvertraglicher Aufklärungspflichten geschaffen, deren Mißachtung eine Schadensersatzpflicht wegen Verschuldens bei Vertragsanbahnung⁸ oder aus dem hieraus fortentwickelten Gesichtspunkt der Prospekthaftung⁹ nach sich zieht. Eine Pflicht des Gläubigers, den Bürgen im Stadium der Vertragsanbahnung über das auf ihn zukommende Risiko eindringlich aufzuklären, zu kon-

struieren, liegt nicht fern. Die nach § 249 Satz 1 BGB geschuldete Naturalrestitution bestünde in der Entlassung aus der Bürgschaft oder der sonstigen persönlichen Sicherheit¹⁰ oder in ihrer Herabsetzung auf das bei rechtzeitiger Aufklärung hypothetisch vereinbarte geringere Maß der Mitverpflichtung¹¹. Ein anderer Ansatz kann darin liegen, daß die Ausübung der grundsätzlich wirksam erlangten Rechte aus der Mitverpflichtung des Angehörigen wegen Verstoßes gegen die Grundsätze von Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte gemäß § 242 BGB als rechtsmißbräuchlich be-

⁵ BVerfG, aaO (Fn. 4), S. 36.

⁶ AAo (Fn. **).

⁷ Garantie und Patronatserklärung sind erläutert bei: *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten, 3. Aufl., 1993, Rdn. 1067 ff., 1105 f.; *Gerth*, Atypische Kreditsicherheiten. Liquiditätsgarantien und Patronatserklärungen deutscher und ausländischer Muttergesellschaften, 2. Aufl., 1980; *Horn*, Bürgschaften und Garantien zur Zahlung auf erstes Anfordern, NJW 1980, 2153 ff.; *Hansjörg Weber*, Sicherungsgeschäfte, 3. Aufl., 1986, § 5.III (S. 62 ff.) u. 5.IV (S. 66).

⁸ Beispiele: BGHZ 47, 208, 210 ff., betreffend Trennung von Kauf und Darlehen beim finanzierten Kauf; BGH, VersR 1978, 457, betreffend falschen Anschein sofortigen Versicherungsschutzes in der Kraftfahrzeughaftpflichtversicherung; OLG Stuttgart, NJW 1979, 2409, 2413, betreffend Nichtangabe des effektiven Jahreszinses beim Darlehen; BGH, WM 1986, 583 f., und BGH, WM 1992, 482 f., betreffend unrichtige Angaben von Gesellschaftern einer Kommanditgesellschaft gegenüber Anlageinteressenten; BGH, NJW-RR 1988, 348, 350 f., betreffend zusicherungsfähige aber nicht zugesicherte Eigenschaften der Kaufsache; OLG München, NJW 1994, 667 f., betreffend Unterrichtung des Franchisenehmers durch den Franchisegeber über die Rentabilität des Systems. Allgemein bei Herunterspielen des mit dem Vertrag einzugehenden Risikos *Kemper*, Anm. zu BVerfG, Beschl. v. 19. 10. 1993 – 1 BvR 56, 1044/89, JA 1994, 125, 126.

⁹ Beispiele: BGHZ 93, 264, 265 f.; BGH, WM 1986, 583 f.; BGH, WM 1992, 432 ff.; BGH, WM 1992, 143 f. Die Regeln der „allgemeinen“ Prospekthaftung kommen zum Zuge, soweit nicht bereits §§ 45 f. BörsG, § 20 Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften, § 12 Gesetz über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile eine Haftung für irreführende Prospekte anordnen.

¹⁰ OLG Celle, WM 1988, 1436, 1437 f.; OLG Hamm, NJW-RR 1993, 113 f. Das Urteil des OLG Celle wurde aufgehoben durch BGH, NJW 1989, 1605 f. = ZIP 1989, 629 f.; hieran schloß sich eine der beiden Verfassungsbeschwerden (nämlich das Verfahren 1 BvR 567/89) an, über die das BVerfG am 19. 10. 1993 befand; nach Rückverweisung fällte der BGH die Entscheidung vom 24. 2. 1994 – IX ZR 227/93, DZWir 1994, 416 (in diesem Heft). Der Lösungsansatz der Aufklärungspflicht wird auch im Schrifttum als ernsthafte Alternative zum Ansatz der Sittenwidrigkeit empfunden (siehe *Emmerich*, Anm. zum Beschl. des BVerfG v. 19. 10. 1993, JuS 1994, 251, mit Fn. 5; *Wiedemann*, Anm. zum Beschl. des BVerfG v. 19. 10. 1993, JZ 1994, 411, 413), während andere Ansätze de lege lata nur geringe Resonanz finden (*Emmerich*, aaO).

¹¹ Vgl. OLG Stuttgart, NJW 1979, 2409, 2413, betreffend Anpassung eines überhöhten Darlehenszinses auf den Satz, der bei Aufklärung über die Effektivverzinsung vereinbart worden wäre.

grenzt wird¹². Drittens drängt sich die Kategorie der Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB auf¹³.

Hingegen scheidet, obwohl die Mithaftung des Angehörigen nahezu immer mittels vorformulierter Texte eingerichtet wird, die Einstufung als unangemessen benachteiligende und deshalb nach § 9 Abs. 1 AGBG kraftlose Allgemeine Geschäftsbedingung schon bei erstem Zusehen aus. Der Kontrollmechanismus des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen erfasst nur die Details in der Ausgestaltung, nicht den Vertragsgegenstand selbst (§ 8 AGBG). Er kann eine in einem Klauselwerk für einen Werkvertrag als Beiwerk eingefügte Verbürgung beseitigen, nicht aber aus einem Bürgschaftsvertrag die im Zentrum stehende Verpflichtung des Bürgen entfernen. Eher eignet sich noch die Überlegung, die in § 310 BGB getroffene Bestimmung der Nichtigkeit von Verträgen über künftiges Vermögen im Falle der zu hoffnungsloser Überschuldung führenden Mitverpflichtung analog anzuwenden, weil wie im unmittelbar von § 310 BGB geregelten Fall der Antrieb zum Bestreiten des Lebensunterhaltes durch Einsatz der eigenen Arbeitskraft erlahmt¹⁴.

Die höchste Gerichtsbarkeit erteilt solchen gutgemeinten Hilfen für die bedrängten Angehörigen regelmäßig eine Absage und stellte ihnen anheim, sich vor der Haftungszusage aus eigenem Antrieb Gewißheit über das einzugehende Risiko zu verschaffen¹⁵, wenn sich nicht ausnahmsweise eine arglistige Täuschung des Bürgen¹⁶ oder zumindest eine fahrlässige Irreführung (und eben nicht bloß die Schweigsamkeit des seine eigene Unkenntnis nicht offenbarenden oder gar mit einem Wissensvorsprung ausgestatteten Gläubigers)¹⁷ feststellen ließ. Das Bundesverfassungsgericht hat nun diese streng an der Eigenverantwortlichkeit des sich in die Haftung Begebenden orientierte Haltung gerügt und der Zivilgerichtsbarkeit aufgegeben, bei der Beurteilung von Verträgen „gestörter Vertragsparität“¹⁸ und „strukturell ungleicher Verhandlungsstärke“¹⁹ Rechnung zu tragen. Dieser Auftrag greift weit über das Problem überfordernder persönlicher Sicherheiten hinaus²⁰. Er ist unmittelbarer Ausdruck eines von Verantwortung nicht allein für sich selbst, sondern auch für den anderen geprägten Grundverständnisses von Privatautonomie. Seine Auswirkungen auf die Frage der Bürgschaft naher Angehöriger, wie sie sich nun in der Rechtsprechung des Bundesge-

richtshofes abzeichnen, sind lediglich exemplarisch.

III. Achtung der Privatautonomie

Das Bundesverfassungsgericht hütet sich davor, als Superrevisionsinstanz selbst zu einer abschließenden Beurteilung lebenslang überfordernder Bürgschaften zu gelangen. Es sieht es nicht als seine Aufgabe an, die Auslegung und Anwendung des „einfachen“, nicht mit Verfassungsrang bekleideten Rechts durch die ordentlichen Gerichte nachzuprüfen, solange diese nicht die Bedeutung verfassungsrechtlicher Grundentscheidungen, insbesondere der Grundrechte verkennen²¹. Basis ist der Satz, daß der Zivilrichter, wenn er die in den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes verkörperte Werteordnung bei der Anwendung des bürgerlichen Rechts, insbesondere bei der Konkretisierung der Generalklauseln mißachtet, die Grundrechte verletzen kann²². In seiner vornehmen Scheu vor ihm nicht zustehender Festlegung versagt sich das Bundesverfassungsgericht sogar eine Festlegung auf eine bestimmte Vorschrift des BGB, in die die von ihm erkannte Werteordnung von Verfassungsrang einfließt, um sich auf die Beurteilung lebenslang drückender Bürgschaften auszuwirken. Es ist gleichermaßen offen für den Zutritt durch § 138 Abs. 1 BGB oder § 242 BGB oder auch durch ein anderes Tor²³, läßt es sich aber nicht nehmen, zu betonen, daß § 242 BGB im Gegensatz zu § 138 Abs. 1 BGB differenzierte Rechtsfolgen ermögli-²⁴

Die Kernaussage in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts lautet, die Zivilgerichte mußten insbesondere

halb des Existenzminimums nötigen, für sittenwidrig; hiergegen *Eckert*, Ratenkreditverträge und die Pfändungsfreigrenzen des § 850 c ZPO, WM 1987, 945 ff.

¹⁴ OLG Stuttgart, NJW 1988, 833 ff., grundsätzlich für Verträge, die voraussichtlich zur Übertragung allen die Pfändungsfreibeträge übersteigenden künftigen Erwerbs zwingt; aufgehoben durch BGH, NJW 1990, 1034 f. Das Stuttgarter Urteil ablehnend *H. P. Westermann*, Verhaltenspflichten der Kreditinstitute bei der Vergabe von Verbraucherdarlehen, ZHR 153 (1989), 123, 141 ff.

¹⁵ RGZ 91, 80, 81; BGH, NJW 1988, 3205, 3206 f.; BGH, NJW 1989, 1605 f.; BGH, NJW 1990, 1034, 1035 (betreffend Schuldmitübernahme). Dem schloß sich beispielsweise OLG Köln, NJW-RR 1990, 755, 756, an. *Tiedtke*, EWIR 1989, 567 (5/89 zu § 765 BGB) billigt die Ablehnung eines Schadensersatzanspruchs aus Verschulden bei Vertragsanbahnung in BGH, NJW 1989, 1605 f., nimmt jedoch Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB an. *Brandner*, Verhaltenspflichten der Kreditinstitute bei der Vergabe von Verbraucherkrediten, ZHR 153 (1989), 147, 159, hält das Bestreben der Kreditinstitute, durch Mitverpflichtung insbesondere von Ehegatten Vermögensverschiebungen zu unterlaufen, für billigenwert, zumal da häufig die Mitverpflichteten am durch den Kredit ermöglichten Konsum teilhaben und nicht selten in der Lage seien, zur Tilgung beizutragen. *Mülbert*, Das Darlehen in der höchststrichterlichen Rechtsprechung 1988–91 – Teil 1, JZ 1992, 289, 297 sagte den Abschied des Bundesgerichtshofes von seiner verneinenden Haltung vorher.

¹⁶ RGZ 91, 80, 81 ff., einen Schadensersatzanspruch wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung nach § 826 BGB prüfend; BGH, NJW 1988, 986, 987, Anfechtung nach § 123 BGB erwägend; BGH, NJW 1990, 1034, 1035, zu § 826 BGB.

¹⁷ BGH, NJW 1988, 986, 987; BGH NJW 1988, 3205, 3206; BGH, NJW 1990, 1034, 1035; jeweils die Grundsätze über das Verschulden bei Vertragsanbahnung anwendend. Dem folgend OLG Köln, NJW-RR 1990, 755, 756. *Canaris*, in: Staub, HGB, 4. Aufl., 10. Liefg. Bankvertragsrecht, Erster Teil, 1988, Rdn. 113, will den Bürgen, der schon aus anderem Geschäft als Kunde mit der in der Gläubigerstellung befindlichen Bank verbunden ist, anders als den außenstehenden Bürgen nicht nur bei Irrtumserregung durch die Bank entlasten; er nimmt eine Pflicht der Bank zur Warnung vor oder sogar zur Abstandnahme von der Bürgschaft an. Die Einstufung des einzelnen Falls ist kein leichtes Unterfangen. Einerseits ist das Schweigen weniger als ein fahrlässiges aktives Hinwirken auf einen Irrtum. Andererseits ist eine Bewertung als arglistige Täuschung angezeigt, wenn bewußtes Stillhalten entgegen einer Pflicht zur Aufklärung als Arglist zu bezeichnen ist.

¹⁸ BVerfG, aaO (Fn. 4), S. 38. Begriff thematisiert von *Hönn*, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982, dem BVerfG als Beleg dienend. *Schmidt-Salzer*, Verbraucherschutz, Produkthaftung, Umwelthaftung, Unternehmensverantwortung, NJW 1994, 1305, 1307: der Gedanke der gestörten Vertragsparität findet sich der Sache nach bereits in RGZ 62, 264, 266, betreffend Sittenwidrigkeit unbilliger Vertragsbedingungen eines Monopolisten (Kanalbetreibers).

¹⁹ BVerfG, aaO (Fn. 4), S. 39.

²⁰ *Honsell*, Bürgschaft und Mithaftung einkommens- und vermögensloser Familienmitglieder, NJW 1994, 565, 566; *Königden*, Die Entwicklung des Bankkreditrechts in den Jahren 1991–93, NJW 1994, 1508, 1512 f.; *Löwe*, aaO (Fn. 3), S. 1759; *Wiedemann*, aaO (Fn. 10) S. 411, 412. Folgerichtig hat schon vor der Wiederbeschäftigung mit dem Bürgschaftsproblem der BGH, NJW 1994, 861, 862, die Wendung von der gestörten Vertragsparität in einem Fall formulärmäßiger Sicherungsübereignung rezipiert und sich dabei ausdrücklich auf die Entscheidung des BVerfG vom 19. 10. 1993 bezogen. Zurückhaltend und streng den bloßen Schuldbetritt von der Übernahme der Hauptverpflichtung scheidend BGH, NJW 1994, 1726, 1727.

²¹ BVerfG, aaO (Fn. 4), S. 38.

²² BVerfG 7, 198, 203 ff., ausdrücklich herangezogen von BVerfG, aaO (Fn. 4), S. 38.

²³ BVerfG, aaO (Fn. 4), S. 38, 39.

²⁴ BVerfG, aaO (Fn. 4), S. 39.

¹² MünchKomm/Roth, BGB Bd. 2, 3. Aufl., 1994, § 242 Rdn. 285, stellt Fälle zusammen, in denen die Ausübung einer Sicherheit rechtsmißbräuchlich ist; weiteres Beispiel BGH, NJW-RR 1987, 1188 f., wonach die Inanspruchnahme des Bürgen rechtsmißbräuchlich ist, wenn der Zusammenbruch des Hauptschuldners völlig unerwartet wegen schlechter Lieferungen des Gläubigers eintrat. In dieser Gruppe wäre die Entlastung des Bürgen wegen Überforderung kein Fremdkörper. Auch v. *Heintschel-Heinegg*, Anm. zum Beschl. des BVerfG vom 19. 10. 1993, JA 1994, 1 ff, 3, scheint der Lösung mit dem Grundsatz von Treu und Glauben zuzuneigen.

¹³ OLG Frankfurt, ZIP 1984, 1465, 1467 f.; LG Hamburg, WM 1985, 1465; OLG Köln, ZIP 1987, 363, 365. Vgl. OLG Düsseldorf, ZIP 1984, 166, 167 f., den Darlehensnehmer selbst betreffend; LG Lübeck, NJW 1987, 959 ff., hält sogar grundsätzlich Verträge, die zu einer Lebensführung unter-

bei der Konkretisierung der zivilrechtlichen Generalklauseln wie § 138 BGB und § 242 BGB die in Art. 2 Abs. 1 GG als Grundrecht verankerte Gewährleistung der Privatautonomie beachten und deshalb korrigierend auf besonders belastende Verträge einwirken, die das Ergebnis strukturell ungleicher Verhandlungsstärke darstellen²⁵. Die Folgeung überrascht. Man sollte glauben, daß das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit den Anspruch gegen den Staat vermittelt, nicht in der nach eigenem Gutdünken gewählten Gestaltung und Durchsetzung von Verträgen behindert zu werden. Die Gestaltung der Rechtsverhältnisse ist dem Einzelnen nach seiner Willkür als Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit überlassen, die Privatautonomie als Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben in Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet²⁶. Wenn die Vertragspartner sich mit ihrer übereinstimmenden Willensbekundung aneinander binden, so ist eben dies Ausdruck ihrer Handlungsfreiheit²⁷ und darf folglich nicht gestört werden. Danach müßte der Staat die privatautonome Regelung so hinnehmen, wie sie ist, die Justiz ihr in Ausübung des staatlichen Gewaltmonopols vorbehaltlos zur Geltung verhelfen. Im Falle der Bürgschaft bedeutet das die Freiheit des Gläubigers, nach Belieben andere mit Haftungszusagen an sich zu binden. Eine solche Neutralität, die sich in Tautologien wie „Vertrag ist Vertrag“²⁸ oder „pacta sunt servanda“²⁹, somit im Verzicht auf Durchdringung der Hintergründe ausdrückt, gestattet indessen das Grundgesetz, wie das Bundesverfassungsgericht feststellt, den Zivilgerichten nicht. Sie sollen verhindern, daß die Privatautonomie des übermächtigen Vertragspartners für den anderen Teil zur Fremdbestimmung wird, daß der Gläubiger dem Bürgen einseitig den Vertragsinhalt vorschreibt³⁰.

Die Abwehrfunktion des Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit erscheint so als ergänzt um eine Schutzfunktion zugunsten des Schwächeren, hier des Bürgen. Das steht indessen nicht mit der Überlegung in Beziehung, daß sich aus den Grundrechten, die den Staat zunächst einmal zur Untätigkeit anhalten, unter Umständen eine Verpflichtung zum Handeln ergibt, damit der Grundrechtsinhaber sein Gut von Verfassungsrang nicht durch Eingriffe Dritter einbüßt³¹. Die Pflicht des Gesetzgebers, überhaupt zur Gestaltung des Privatrechts tätig zu werden³², hat offenbar nichts mit einer Schutzpflicht des Staates zu tun, sondern ergibt sich

ohne Spiegelung in einem subjektiven Recht des einzelnen auf Aktivität der Legislative daraus, daß die Privatrechtsgesetzgebung, wie Art. 74 Nr. 1 GG erkennen läßt, eine Staatsaufgabe darstellt und daß eine Ausgestaltung als sachlich notwendig erscheint. Der Schutz des Schwächeren soll wiederum in einer Abwehr bestehen. Der Gesetzgeber darf, wenn er zur Ordnung des Privatrechts tätig wird, der Selbstbestimmung des einzelnen den angemessenen Spielraum nicht entziehen³³. Dabei muß er beachten, daß im bürgerlichen Rechtsverkehr die Beteiligten einander mit entgegengesetzten Interessen begegnen, sich aber jeweils auf die Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG berufen können³⁴. Es ist nun die Kunst des Gesetzgebers, die Privatrechtsordnung so auszugestalten, daß nach Möglichkeit keiner der an einem bürgerlichen Rechtsverhältnis Beteiligten in seiner Freiheit beschnitten wird. Das mache es, fährt das Bundesverfassungsgericht fort, notwendig, die Handlungsfreiheit so zu begrenzen, daß nicht allein das „Recht des Stärkeren“ gelte³⁵.

Der Gesetzgeber würde die Privatautonomie zum Nachteil des Schwächeren verletzen, wenn er die Privatrechtsordnung so ausgestaltete, daß der Schwächere genötigt ist, sich dem einseitig bestimmten Vertragsentwurf des Stärkeren zu unterwerfen. Das heißt zwar nicht, daß jede nur irgend denkbare Fremdbestimmung verhindert sein muß. Wohl aber hat die Privatrechtsordnung für „typisierbare Fallgestaltungen“, die die schon erwähnte „strukturelle Unterlegenheit“ des einen Teils mit für ihn ungewöhnlich belastenden Folgen aufweist, Korrekturmöglichkeiten vorzuhalten. Mit anderen Worten besteht die Verhinderung von Eingriffen in die privatautonome Lebensführung des Schwächeren darin, daß er nicht durch die staatlich gesetzte Privatrechtsordnung an Verträge gefesselt wird, auf deren Gestaltung er nicht einwirken konnte und deren Wirkungen ihm in Zukunft nur noch einen ganz geringen Spielraum für neuerliche Betätigungen der Willensfreiheit übrig lassen.

Die geltenden gesetzlichen Bestimmungen tragen diesem Bedürfnis Rechnung³⁶. Sie enthalten Korrekturmöglichkeiten, insbesondere in §§ 138 und 242 BGB³⁷. Die Gerichte müssen aber diese Korrekturmöglichkeiten auch nutzen³⁸, damit nicht sie das Grundrecht des Schwächeren auf Wahrung seiner Privatautonomie verletzen. Sie müssen bei auffälligen, das heißt für eine Seite besonders belastenden und offensichtlich

die gegenläufigen Interessen nicht angemessen ausgleichenden Verträgen dem Problem „gestörter Vertragsparität“ nachgehen, eine Inhaltskontrolle vollziehen³⁹. Der Richter ist gehalten, nicht blind dem für den Musterfall eingerichteten Buchstaben des Gesetzes zu folgen, obwohl das Gesetz grundsätzlich die Entscheidung des Richters vorwegnimmt. Er muß sich bei besonderen Begleitumständen von der regelmäßigen Anordnung der Rechtsfolge freimachen. Es ist seine Kunst, Entscheidungsfreiheit auszuüben in dem Bewußtsein, zur Nutzung dieser Freiheit gezwungen zu sein, weil die durch die Kontrollmöglichkeiten eröffnete Befreiung von der Grundregel ihrerseits Bestandteil der Privatrechtsordnung und deswegen verbindlich ist⁴⁰. Leicht ist der Richter überfordert, weil die Kontrollmöglichkeiten, sollen sie der unerschöpflichen Vielfalt denkbarer ungewöhnlicher Situationen gerecht werden, unpräzise Vorgaben setzen, regulieren, ohne zu regeln.

Die Überlegungen von der Pflicht der Gerichte zur Kontrolle weisen eine eigentümliche Distanz zu dem eigentlich von der Korrektur ungünstig Betroffenen auf. Das Bundesverfassungsgericht spricht von den Pflichten des Gesetzgebers und der Gerichte. Es spricht nicht von den Pflichten des einzelnen, des verhandlungsstärkeren Vertragspartners. Das mag daran liegen, daß er nicht Partei im Verfahren über die Verfassungsbeschwerde des Schwächeren ist, die sich nicht gegen ihn, son-

²⁵ BVerfG, aaO (Fn. 4), S. 36 (Leitsatz), 38, 39.

²⁶ BVerfG, aaO (Fn. 4), S. 38.

²⁷ BVerfG, aaO (Fn. 4), S. 38.

²⁸ BVerfG, aaO (Fn. 4), S. 39.

²⁹ Auch dieser Satz, wonach Verträge zu wahren sind, ist eine Tautologie: Denn ein Vertrag ist schon seinem Wesen nach etwas, das eingehalten werden muß. Die Übersetzung müßte demnach lauten: Eine zwingende Abrede zwingt.

³⁰ BVerfG, aaO (Fn. 4), S. 38.

³¹ BVerfGE 39, 1, 42 ff.; BVerfGE 56, 54, 73 ff.

³² BVerfG, aaO (Fn. 4), S. 38.

³³ BVerfG, aaO (Fn. 4), S. 38.

³⁴ BVerfG, aaO (Fn. 4), S. 38.

³⁵ BVerfG, aaO (Fn. 4), S. 38.

³⁶ BVerfG, aaO (Fn. 4), S. 38 f.

³⁷ BVerfG, aaO (Fn. 4), S. 39.

³⁸ Wiedemann, aaO (Fn. 10), S. 411, stellt in feinsinniger Wortwahl fest, das BVerfG verpflichte die Zivilgerichte, und sagt nicht, das BVerfG rufe die bereits bestehende Pflicht in Erinnerung; der Zivilrichter wird die Kontrolle in der Tat als eine neu begründete Pflicht empfinden, wenn er nicht zu denjenigen gehörte, die schon früher das Bürgschaftsgeschäft für anstößig hielten.

³⁹ BVerfG, aaO (Fn. 4), S. 39.

⁴⁰ Über die Verantwortung des Richters Hübner, Kodifikation und Entscheidungsfreiheit des Richters in der Geschichte des Privatrechts, 1980, mündend S. 69 ff. in die richterliche Anwendung des geltenden Zivilrechts.

dem gegen die Staatsgewalt, die Justiz wendet. Seine Interessen verschafften sich nur vermittelt über die Anhörung von Verbänden Gehör⁴¹. Immerhin wäre es denkbar, daß die von Gesetzgeber und Gerichten ausgeübte Kontrolle und Korrektur von Verträgen sich in eben dem zu beurteilenden Fall als eine der Handlungsfreiheit des Stärkeren gesetzte Grenze im Sinne des Schrankenvorbehaltes in Art. 2 Abs. 1 GG darstellt. Die Freiheit des Stärkeren, vom Staat nicht beim beliebigen Abschluß von Verträgen gestört zu werden, endet dann dort, wo sie zur Unfreiheit des Schwächeren wird, weil er sonst dessen Handlungsfreiheit als das Recht eines anderen verletzt. Das Gesetz bildet diese Grenze der Privatautonomie abstrakt ab, der Richterspruch konkretisiert sie. So argumentiert das Verfassungsgericht aber nicht. Es zieht auch nicht die anderen Merkmale der in Art. 2 Abs. 1 GG enthaltenen Schrankenregelung heran, fragt nicht, ob der verhandlungsstärkere Vertragspartner wegen Ausnutzens seines Übergewichtes gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen das Sittengesetz verstößt, was wiederum in der Anwendung der Generalklauseln des Bürgerlichen Gesetzbuches seine Konkretisierung finden könnte.

Statt einer auf seinen einzelnen Träger bezogenen Analyse des Grundrechts wählt das Bundesverfassungsgericht den Ansatz, der Kollision⁴² der Rechte beider Kontrahenten, sich in privatautonomer Vertragsgestaltung zu verwirklichen, als einem generellen Problem nachzugehen. Die Betrachtung ist abstrakt oder, in den Worten des Bundesverfassungsgerichts ausgedrückt, führt eine typisierte Fallgestaltung⁴³ auf. Die Entscheidungsgründe sind offensichtlich als Grundsatzklärungen gewollt. Sie heben sich von den beiden Einzelfällen, die in der Zusammenfassung zu einem Verfahren ihre Eigentümlichkeiten verlieren, ab. Dem objektiven Recht widmet sich die Erörterung, nicht dem subjektiven Recht. Nicht wird vor Augen geführt, wie die Freiheit des namhaft zu machenden Bürgers auf eine Grenze stößt, sondern es heißt ganz allgemein: „Die Privatautonomie ist notwendigerweise begrenzt und bedarf der rechtlichen Ausgestaltung“⁴⁴. Für den einzelnen stellen sich diese Regularien nur als Reflex dar und erscheinen ihm auf diese Weise allenfalls als immanente Schranke seines Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit. Möglichkeit und Pflicht des Staates zur Korrektur „gestörter Vertragsparität“ werden so vom einzelnen bürgerlichen Rechts-

verhältnis gelöst. Deshalb fällt es leicht, und das ist die erstaunliche Erkenntnis, die erst die Lektüre der Entscheidungsgründe, nicht schon die Kenntnisnahme vom Leitsatz vermittelt, sie in den Dienst eines von der Ordnung der Zweierbeziehung verschiedenen Ziels des Staates zu stellen. Damit ist nicht auf den aus der Befriedung der Zweierbeziehung folgenden Frieden des Gemeinwesens angespielt, sondern auf das wohlfahrtsstaatliche Bestreben, für ein gewisses Maß an Wohlstand aller zu sorgen, kurz auf die Verwirklichung des Sozialstaatsprinzips.

IV. Inanspruchnahme der Privatautonomie zur Verwirklichung des Sozialstaates

1. Freiheitsgrundrecht und Sozialstaatsprinzip

Fast beiläufig enthüllt das Bundesverfassungsgericht, daß nicht die Gewährleistung der Privatautonomie allein dem Staat gebietet, auf Störungen des Verhandlungsgleichgewichts der Vertragspartner zu achten. Die Notwendigkeit, im Zivilrecht Wege zur Korrektur von Verträgen zu eröffnen, begründet es mit einer Verknüpfung von Privatautonomie und Sozialstaatsprinzip, mit Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG⁴⁵. Die Gewährleistung der Privatautonomie für den Stärkeren erfährt so ihre Begrenzung nicht allein durch dieselbe Gewährleistung für den Schwächeren, was theoretisch zwei gleich große Kreise freier Betätigungsmöglichkeiten ergäbe. Vielmehr muß der Stärkere einen Rückschnitt hinnehmen, weil der Schwächere, solange der Staat nicht Kontrollmöglichkeiten in das von ihm gesetzte Zivilrecht einfügt, tatsächlich nur einen geringen Teil seines Freiraums zu nutzen vermag, während der Stärkere seine Freiheit in einem Ausmaße auskosten kann, wie es ihm gegenüber einem gleich starken Partner nicht vergönnt wäre. Der dem Schwächeren verbleibende Teil erscheint als unerträglich gering.

Die Setzung von Zivilrecht ohne Kontrollmöglichkeiten bedeutete einen im „nur“ freiheitlichen Staat vielleicht zunehmenden Eingriff in die Freiheit des Schwächeren, stünde ihr doch ein Zugewinn an Freiraum für den Stärkeren gegenüber. In der Summe hätte der

Staat die Freiheit zu privatautonomer Lebensgestaltung schon mit der Einrichtung von Privatrecht ohne Korrekturmöglichkeiten gewährt. Im Sozialstaat aber ist der Einschnitt in die Freiheit des Schwächeren unerwünscht. Erst durch die Beschneidung der Freiheit des Stärkeren wird das gewünschte Mindestmaß für den Schwächeren erhalten. Einrichtung und Ausübung von Kontrollmöglichkeiten schildert das Bundesverfassungsgericht ebenso wenig wie die Setzung des Privatrechts überhaupt als Vornahme, auf die ein Anspruch bestünde, so wie beispielsweise das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) mit dem Grundsatz der Unantastbarkeit der vom Staat zu schützenden Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) unter dem Eindruck des Sozialstaatsprinzips einen Anspruch auf Gewährung materieller Unterstützung erzeugen kann⁴⁶, vor allem dann, wenn ein einschlägiges Gesetz eine nähere Ausgestaltung geschaffen hat⁴⁷. Vielmehr ist die Kontrolle als Unterlassung zu begreifen. Sie ist nicht Gabe oder Rückgabe von Freiheit, sondern soll sozial unverträglichen übermäßigen Entzug von Freiheit durch die Setzung eines zu wenig differenzierten Zivilrechts und seine unterschiedslose Handhabung verhindern. Aus der Sicht des Stärkeren handelt es sich um die Anwendung des Satzes, daß das Sozialstaatsprinzip, wenn das (einfache) Gesetz es konkretisiert, eine Grundrechtsbeschränkung rechtfertigen könne⁴⁸. Dieser Aspekt erfährt jedoch keine Vertiefung, weil sich das Bundesverfassungsgericht nicht an den am Beschwerdeverfahren unbeteiligten Stärkeren wendet, sondern an die Justiz. Der Zivilgerichtsbarkeit trägt es auf, für eine gerechte Sozialordnung⁴⁹ zu sorgen,

⁴¹ Gehört wurden Bankenverband, Bundesverband deutscher Banken, Deutscher Sparkassen- und Giroverband. BVerfG, ZIP 1993, 1775, 1777 f.

⁴² BVerfG, aaO (Fn. 4), S. 38.

⁴³ BVerfG, aaO (Fn. 4), S. 38.

⁴⁴ BVerfG, aaO (Fn. 4), S. 38.

⁴⁵ BVerfG, aaO (Fn. 4), S. 38.

⁴⁶ BVerfGE 1, 97, 104 f.

⁴⁷ BVerfGE 1, 97, 105; BVerwG, NJW 1954, 1541, 1542; BVerwG, NJW 1987, 463. Zur Problematik „sozialer Grundrechte“ siehe Brohm, Soziale Grundrechte und Staatszielbestimmungen in der Verfassung, JZ 1994, 213, 215 f. m. w. N.

⁴⁸ Vgl. BVerfGE 52, 283, 298; BVerfGE 59, 231, 262 f.; BVerfGE 68, 193, 220 f.; BVerwGE 62, 55, 61 f.

⁴⁹ So die Beschreibung des Ziels des Sozialstaatsprinzips: BVerfGE 59, 231, 262 f.; Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, § 21.11 (S. 891 ff), insbes. § 21.11.4.a (S. 911).

nachdem der Gesetzgeber namentlich in den Generalklauseln des Bürgerlichen Gesetzbuches das geeignete Handwerkszeug bereitgelegt hat.

2. Rücksichtnahme als zivilrechtliches Gebot

Die Inanspruchnahme des Privatrechts als Gestaltungsmittel der Privatautonomie für das Staatsziel der Wohlfahrt aller ist nur dann möglich, wenn soziale Gerechtigkeit, Rücksichtnahme auf den Schwächeren, die Verpflichtung, jeden ein Mindestmaß an Wohlstand genießen zu lassen, dem Bürgerlichen Recht immanent ist. Denn sonst hieße die Betrauung der Zivilgerichte mit der Verwirklichung des Sozialstaatsprinzips, daß dort, wo die Kontrahenten sich im Streitfall nicht gütlich einigen können, letztlich etwas anderes gälte als bei reibungsloser Abwicklung. Das, was das Bürgerliche Recht in den Anspruchsbeziehungen regelt, wäre nicht deckungsgleich mit dem, was die Gerichte den Beteiligten zuerkennen dürfen und auch müßten. Was die Vertragspartner vereinbaren, wäre ohne Korrektur in dem Sinne gültig, daß es sich mit dem Gesetz in Einklang befände; außergerichtlich bestünde kein Recht auf Rückabwicklung. Vor Gericht durchsetzbar und in diesem Sinne gültig hingegen wäre nur ein Ausschnitt aus dem privatautonom Vereinbarten.

Das Bundesverfassungsgericht sieht sich deshalb vor die Notwendigkeit gestellt, die Durchdringung des vom Staat gesetzten Privatrechts mit dem Ziel sozialer Gerechtigkeit aufzuzeigen, insbesondere den Schutz des Schwächeren als dem Bürgerlichen Recht wesenseigen nachzuweisen. Unausgesprochen behandelt es das Thema der Drittwirkung der Grundrechte als Elemente der grundgesetzlichen Wertordnung im Privatrecht, den Einfluß der Grundrechte durch die zivilgesetzlichen Generalklauseln⁵⁰, und zwar der Grundrechte in ihrer sozialstaatlichen Dimension, des Gebotes sozialer Gerechtigkeit als eines Grundwertes des Gemeinschaftslebens⁵¹. Darin liegt eine zeitgemäße Auskleidung der überkommenen, etwas steifen Formel vom Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden⁵², als welches der Maßstab der Sittengerechtigkeit von Verträgen im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB beschrieben wird.

Das Bundesverfassungsgericht bildet den Satz, zu den Hauptaufgaben des Bürgerlichen Rechts gehöre der Ausgleich der gestörten Vertragsparität und die Vertragsfreiheit taue nur bei annä-

hernd ausgewogenem Kräfteverhältnis als Mittel zu einem angemessenen Interessenausgleich. Es verwirft damit die Vorstellung, jeder Vertrag berge, da er den Willen der Beteiligten spiegelt, die Gewähr der Richtigkeit der aus ihm sich ergebenden Rechtsfolgen in sich⁵³. Dies ist ihm so selbstverständlich, daß es von einer Begründung im Detail weitgehend absieht. Es ruft zum Zeugen für die soziale Dimension des Bürgerlichen Rechts *Franz Wieacker* mit der Aussage an, daß die Rechtsprechung die formale Freiheitsethik der deutschen Privatrechtsordnung in eine materiale Ethik sozialer Verantwortung zurückverwandelt habe⁵⁴, und beruft sich ansonsten auf andernorts zu findende Nachweise⁵⁵. Umfassend erklärt es große Teile des Bürgerlichen Gesetzbuches für als der Aufgabe des Ausgleichs gestörter Vertragsparität dienend deutbar⁵⁶. Im übrigen betont das Bundesverfassungsgericht die zentrale Bedeutung der Generalklauseln, namentlich der §§ 138 Abs. 1 und 242 BGB⁵⁷.

3. Zuteilung von Freiheit als Zuteilung von Gütern

Wenn das Bundesverfassungsgericht den Ausgleich gestörter Vertragsparität als eine Hauptaufgabe des geltenden Zivilrechts beschreibt, verbindet es das Prinzip ausgleichender Gerechtigkeit mit dem Prinzip austeilender Gerechtigkeit. Das Gebot der *iustitia commutativa* lautet, das Vertrauen des Vertragspartners auf das gegebene Wort nicht zu enttäuschen, die Leistung zu gewähren. Das Ob, Wieviel und Wann bestimmen die Partner eigenverantwortlich. Sie ermitteln ihre Bedürfnisse und die zu deren Befriedigung notwendigen Güter selbst und organisieren auch die Beschaffung in eigener Verantwortung. Ihr Wille ist so, wie er sich im Vertrag spiegelt, Maßstab der Gerechtigkeit. Wer die versprochene Leistung nicht wird bieten können, muß sich von vornherein von dem Vertrag fernhalten⁵⁸. Hat er sich erst einmal auf das Geschäft eingelassen, wird er nur durch Leistung frei. Wer sein Versprechen nicht hält, verletzt das Prinzip ausgleichender Gerechtigkeit, weil die berechnete Erwartung nicht aufgewogen wird. Das Prinzip austeilender Gerechtigkeit vermittelt die Hoffnung, sich Wünsche nicht versagen zu müssen, auch wenn die eigenen Kräfte zur Erlangung des begehrten Gutes nicht ausreichen sollten. Dem idealen Wohlfahrtsstaat gelingt es, den Bedarf aller Mitglieder des Gemeinwesens zu bestimmen — im Sinne einer Er-

mittlung, aber auch einer Anordnung — und durch Zuteilung im Großen und Ganzen alle Wünsche zu befriedigen, ohne daß es privater Geschäfte bedürfte⁵⁹. Real kann sich, da dem Individuum der in der privatnützigen direkten Entlohnung liegende Anreiz zur Mitwirkung bei der Erzeugung fehlt, nur ein System ergeben, in dem die Verteilung des Mangels optimiert wird, welches in einer unproduktiven Verwaltung erstickt⁶⁰. Die Verknüpfung beider Prinzipien bedeutet, daß der Staat den Individuen Privatautonomie gewährt, weil er sich vom rechtlich geregelten Kampf der einzelnen um die knappen Güter eine effektive, das heißt kostengünstige und zugleich in weiten Teilen gerechte Verteilung der Güter verspricht. Da dem Staat aber ein ideales Verteilungsergebnis mit mehr oder minder großer Bandbreite vorschwebt, korrigiert er die Privatautonomie, wo das Ideal nicht getroffen wird, das heißt wo die von den Vertragspartnern vorgenommene Güterzuordnung und die sich daraus ergebende Vorbestimmung für künftige private Verteilungshandlungen dem Plan des Staates zuwiderläuft.

Die Erfahrung, daß die Privatrechtsordnung, der einzelne im Verkehr mit dem einzelnen für die Verwirklichung des Sozialstaates eingesetzt wird, ist nicht neu. Es dürfte zu den Grundkenntnissen der Lehre vom Privat-

⁵⁰ Zum Problem der Drittwirkung *H. Hübner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1985, § 6.VI.1 (Rdn. 72).

⁵¹ Zu diesen Topoi siehe *Soergel/W. Hefermehl*, BGB, Bd. 1, 12. Aufl. 1988, § 138 BGB Rdn. 7.

⁵² RGZ 48, 114, 124; BGHZ 69, 295, 297.

⁵³ Über die Richtigkeitsgewähr *Schmidt-Rimpler*, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941), 130, 149 ff; *ders.*, Zum Problem der Geschäftsgrundlage, FS H. C. Nipperdey 1955, S. 3 ff; *ders.*, Zum Vertragsproblem, FS Ludwig Raiser 1974, S. 1 ff.

⁵⁴ *Wieacker*, Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, 1974, S. 24 (ursprünglich: Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, Vortrag, gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 12. 12. 1952, 1953, S. 18), zitiert in BVerfG, aaO (Fn. 4), S. 38.

⁵⁵ Nämlich auf Nachweise bei *Limbach*, Das Rechtsverständnis in der Vertragslehre, JuS 1985, 10 ff, ergänzt um die Angabe von *Preis*, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 1993, S. 216 ff. Siehe BVerfG, aaO (Fn. 4), S. 39.

⁵⁶ BVerfG, aaO (Fn. 4), S. 39, gestützt auf *Hönn*, aaO (Fn. 18).

⁵⁷ BVerfG, aaO (Fn. 4), S. 39, gestützt auf die Arbeiten von *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992, und *Preis*, aaO (Fn. 55).

⁵⁸ *Hönn*, aaO (Fn. 18), S. 250.

⁵⁹ v. *Hippel*, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, 1936, S. 63 ff.

⁶⁰ *Gottfried Wilhelm Leibniz*, Textes inédits, publiés et annotés par Gaston Grua, Bd. II, Paris, 1948, S. 618 f; *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 5. Aufl. 1992, Rdn. 172.

recht gehören, daß schon immer eine Verbindung zur *iustitia distributiva* bestand⁶¹. Wenn das Bundesverfassungsgericht nun das Sozialstaatsprinzip hervorhebt, ist das eigentlich nicht mehr als die zeitgemäße Verortung der uralten Frage nach der gerechten Verteilung der Güter, auch wenn dies durchaus die Bezeichnung als Zukunftskonzept⁶² verdient. Die Verwirklichung des Sozialstaates, der Schutz des Schwächeren, die Hilfe der Gemeinschaft für den Überforderten, ist insbesondere dann, wenn sie nicht nur die Gemeinschaft, sondern auch und womöglich vorrangig den einzelnen im Rahmen seiner Möglichkeiten in die Pflicht nimmt, die weltanschaulich neutralisierte Wiederbelebung christlicher Nächstenliebe⁶³ oder naturrechtlicher Pflichtenlehre⁶⁴, was die Bezeichnung Reethisierung⁶⁵ provoziert. Man darf wohl auch von einer leidenschaftslosen Antwort auf die kämpferischen Forderungen⁶⁶ nach sozialer Durchdringung des Privatrechts aus der Zeit der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich sprechen. Die Typisierung der Unterlegenheit hat namentlich bereits die Kategorien des Bewucherten⁶⁷ und des Verbrauchers oder Kunden⁶⁸ hervorgebracht. Sie wird nun um den der Verführung des Augenblicks erliegenden und sich hoffnungslos überfordernden Bürgen oder sonst die Haftung Zusihernden bereichert, der vor seiner eigenen Entschlußfreudigkeit bewahrt und von der Verantwortung für sein Handeln befreit werden soll.

4. „Inhaltskontrolle“

Die Korrektur von Geschäften, die mit der sozialstaatlich ausgekleideten Gewährleistung der Privatautonomie nicht in Einklang stehen, bezeichnet das Bundesverfassungsgericht als Inhaltskontrolle⁶⁹. Der Begriff ist gebräuchlich und geradezu Synonym für den Schutz des Schwächeren⁷⁰. Der Schwächere soll vor der Fremdbestimmung durch den Stärkeren, der den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen könne, bewahrt werden⁷¹. Der Begriff verschleiert aber, daß der Staat nicht nur in die Einzelheiten der Vertragsgestaltung eingreift, sondern den Bestand des Geschäfts überhaupt in Frage stellt. Wenn Allgemeine Geschäftsbedingungen als unangemessen ausscheiden, betrifft das nur den Rahmen für den Leistungsaustausch. Wenn Wucher unterbunden wird, so knüpft dies zwar nicht lediglich an Randbedingungen an, sondern immerhin an die Unausgewogenheit der

wechselseitig versprochenen Leistungen überhaupt; gleichwohl wird auch hier nicht der Leistungsaustausch an sich mißbilligt. Im Falle des Bürgen wird die Kontrolle ins Extrem gesteigert, weil die Leistung an sich Anstoß erregt. Bereits die Entscheidung über das „Ob“ des Geschäftes wird der Eigenverantwortung entzogen. Was die Regelungen über ein Widerrufsrecht bei Kredit-, Haustür- oder Versicherungsgeschäften in Einschränkung des § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB für einen Zeitraum von einer Woche oder zehn Tagen bewirken, geschieht hier auf Dauer. Noch dazu wird ein Geschäft auf seine Unerträglichkeit hin geprüft, daß schon seinem Wesen nach gar nicht anders als für eine Seite schlimm sein kann. Die Mitverpflichtung ist von vornherein darauf angelegt, allein dem Gläubiger Vorteile zu verschaffen, nicht gegensätzliche Interessen zum Ausgleich zu bringen. Diese Einseitigkeit ist vom bürgerlichen Gesetz ohne Widerspruch zum Grundgesetz gestattet und verstößt grundsätzlich nicht gegen die guten Sitten⁷². Wer das im Einzelfall in Frage stellen will, sollte nicht untertreibend von Inhaltskontrolle sprechen. Ehrlicher wäre der weiterreichende Begriff Vertragskontrolle⁷³.

V. Schutz des Privatautonomie Genießenden vor sich selbst

Wenn die soziale Ausgestaltung des Schutzes der Privatautonomie die Korrektur unerträglich belastender Geschäfte eröffnet, heißt das nichts anderes, als daß der Schwächere vor sich selbst bewahrt wird⁷⁴. Hier entsteht ein Gedankenkreislauf⁷⁵. Privatautonomie bedeutet Entschließungs- und Gestaltungsfreiheit, aber zugleich Eigenverantwortung⁷⁶. Wer sich auf ein Geschäft einlassen will, darf dies, und es liegt an ihm oder ihr selbst, die eigene Leistungsfähigkeit einzuschätzen; das schließt die Freiheit ein, Geschäfte zu tätigen, die man nur bei besonders günstigem Verlauf der Dinge erledigen können wird⁷⁷. Nun bedeutet aber jede Betätigung der Privatautonomie auch einen Verlust an Freiheit, was sich in den Ausdrücken *obligatio* und *verbindlichkeit* äußert. Wer eine Sache verkauft, ist gefesselt. Er kann sie nicht, ohne Sanktionen befürchten zu müssen, ein weiteres Mal verkaufen. Wer eine Sache kauft, muß wohl bedenken, ob er mit Rücksicht auf seine endliche Finanzkraft noch einen weiteren Kauf wird

tätigen können. Wollte man die anderen Vertragspartner immer zur Rücksichtnahme, zum Verzicht auf ihre Ansprüche auffordern, wären Verträge sinnlos.

⁶¹ Hübner, aaO (Fn. 50), § 6 V (Rdn. 70).

⁶² Reuter, Freiheitsethik und Privatrecht, DZWIR 1993, 45 ff, insbesondere Abschnitt II. Die Reethisierung des Privatrechts – ein Zukunftskonzept? mit Punkt 1. Sozialstaatlichkeit als neue Vorgabe (S. 46 ff).

⁶³ Wiedemann, aaO (Fn. 10), S. 411, hebt die Zeitlosigkeit und Unauswechselbarkeit der christlich geprägten Basis der verfassungsrechtlichen Ordnung hervor.

⁶⁴ Insbesondere der Pflichtenlehre C. Wolffs. Über sie Luig, Die Pflichtenlehre des Privatrechts in der Naturrechtsphilosophie von Christian Wolff, in: Libertas. Grundrechtliche und rechtsstaatliche Gewährungen in Antike und Gegenwart. Symposium aus Anlaß des 80. Geburtstages von Franz Wiedemann, 1991, S. 209 ff.

⁶⁵ Reuter, aaO (Fn. 62) Abschnitte II und III, S. 46 ff, 48 ff.

⁶⁶ Namentlich v. Gierkes (Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, Leipzig, 1889, S. 23 ff, Mengers (Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, Tübingen, 1890), aber auch Brunners (in der Plenarsitzung des 19. DJT: „... und das bürgerliche Gesetzbuch ist von vornherein eine Totgeburt, wenn sein Gesetzgeber nicht mit einem Tropfen socialpolitischen Oeles gesalbt war.“, in: Verhandlungen des 19. DJT, 3. Bd., 1888, S. 301, 302, aufgenommen von v. Gierke, aaO, Fn. 1 zu S. 24; berührt dann die Wendung v. Gierkes, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Berlin, 1889, S. 13: „... unser Privatrecht muß ein Tropfen sozialistischen Oeles durchsickern!“) und Dernburgs (Die Phantasie im Rechte, Berlin, 1894, S. 18: „... das ritterliche Gefühl, welches den Gesetzgeber dazu bestimmt, Minderjährige Frauen, Schwache unter seinen Schutz und Schirm zu nehmen ...“; über Dernburg Süß, Heinrich Dernburg – Ein Spätandekist im Kaiserreich, 1991, insbes. S. 150 ff, und Luig, Heinrich Dernburg (1829–1907), in: Heinrichs, Franzki, Schmalz, Stolleis (Hrsg.), Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, 1993, S. 231 ff, insbes. S. 244 ff).

⁶⁷ § 138 Abs. 2 BGB.

⁶⁸ §§ 1 Abs. 1 VerbrKrG; § 1 Abs. 1 HausWG; dazu gehört auch ohne Verwendung des Begriffs Verbraucher oder Kunde § 8 Abs. 4 Satz 1 VVG. Zur Systembildung des Verbraucherschutzes Dauner-Lieb, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, 1983; v. Hippel, Verbraucherschutz, 3. Aufl. 1986; H. Hübner, Rechtsgeschäftslehre und Verbraucherschutz, in: Europarecht, Energierecht, Wirtschaftsrecht, FS Bodo Bömer 1992, S. 717 ff; Joerges, Verbraucherschutz als Rechtsproblem, 1981. Zur Frage, ob die Zivilgerichte befugt oder gar verpflichtet sind, Verbraucherkreditverträge und zugehörige Sicherheiten, insbesondere Bürgschaften inhaltlich zu überprüfen, Kemper, Verbraucherschutzinstrumente, 1994, S. 299 ff (zit. nach Kemper, JA 1994, 125, 126).

⁶⁹ BVerfG, aaO (Fn. 4), S. 39. Den Begriff greift Emmerich, aaO (Fn. 10), 251, mit besonderer Betonung auf.

⁷⁰ Vergleiche Reuter, aaO (Fn. 62), S. 45, 48.

⁷¹ BVerfG, aaO (Fn. 4), S. 38.

⁷² BGH, DZWIR 1994, 416 ff, 420 ff (in diesem Heft). Den Preis, aaO (Fn. 55), S. 147 ff, verwendet.

⁷³ Wiedemann, aaO (Fn. 10), S. 411.

⁷⁴ Vgl. Wiedemann, aaO (Fn. 10), S. 411 f: Ausführungen des BVerfG über Schutz der Handlungsfreiheit mittels eines Rechts auf späteren Abschluß besserer Verträge nicht leicht nachvollziehbar.

⁷⁵ Hübner, aaO (Fn. 68), S. 720 f; Lieb, Schutzbedürftigkeit oder Eigenverantwortlichkeit, DNotZ 1989, 274 ff.

⁷⁶ BGH, DZWIR 1993, 64. Kritisch Honsell, Anm. zur vorg. Entscheidung, in: DZWIR 1993, 66, 67.

Aber auch die Rücksichtnahme selbst wäre sinnlos. Wozu noch sollte die Freiheit aus sozialen Erwägungen geschenkt werden, wenn die nächste Betätigung der Freiheit ihrerseits wieder entkräftet werden kann? Der Schutz der späteren Freiheit kann nicht als Grund für die Beschneidung der früher ausgeübten Freiheit herhalten, solange nicht feststeht, daß die spätere Betätigung der Freiheit wertvoller ist als die frühere. Diese Bewertung ist, wo die Privatautonomie keine Kontrolle erleidet, dem einzelnen anheimgestellt. Der Sozialstaat, das sich zur Hilfe verpflichtet fühlende Gemeinwesen, aber nimmt ihm diese Entscheidung teilweise ab. Das bedeutet im Bereich der Korrektur wirtschaftliche Unmündigkeit⁷⁸. Wird so vordergründig der beim Kredit Mitverpflichtete entlastet, wird letzten Endes die Aussicht der besonders auf Kredit Angewiesenen drastisch gekürzt. Hat der Kreditgeber erst einmal gelernt, wie wenig wert die Mitverpflichtung des Einkommens- und Vermögenslosen selbst dann ist, wenn der Mitverpflichtete inzwischen ein durchaus ernstzunehmender Adressat einer Zahlungsaufforderung sein könnte, wird er sich hüten, noch zu angemessenen Konditionen Kredit zu gewähren. Allenfalls bleibt noch die Grauzone des wuchernahen Kredites, bei dem der teure Zins das hohe Risiko abdecken soll. Wer meint, eine solche Bevormundung des Individuums müsse im Interesse des Prinzips, labile und geschäftungsgewandte Personen zu schützen, in Kauf genommen werden⁷⁹, lenkt den Vorwurf der Selbstherrlichkeit, einer Arroganz der Richtermacht, auf sich.

VI. Feingestaltung der Kontrolle durch die Zivilgerichtsbarkeit in der Kategorie der Sittenwidrigkeit

Der Bundesgerichtshof tritt aus dem Gedankenkreislauf eines Schutzes der Privatautonomie vor sich selbst zum Zwecke ihrer Erhaltung heraus, indem er Umstände ausprägt, die im einzelnen die Entscheidung für oder gegen einen korrigierenden Eingriff motivieren. Er bildet im Grunde weniger Argumente, die einen logischen Schluß rechtfertigen. Methodendenken stößt hier an Grenzen, weil das Gesetz einen nur unscharfen Rahmen abgibt, die Lösung aber vom Gesetz getragen sein soll.

Vielmehr zeigt es Dinge aus dem konkreten Fall auf, die die Entscheidung nach dem Rechtsgefühl als richtig, das heißt wenn schon nicht als zwingend, so doch als verständlich erscheinen lassen.

Bedauerlicherweise legt sich der Bundesgerichtshof auf die Kategorie der Sittenwidrigkeit mit dem Prinzip „alles oder nichts“ fest und schlägt die Einleitung des Bundesverfassungsgerichts aus, mit § 242 BGB zu differenzierenden Lösungen zu gelangen. Der Bundesgerichtshof läßt sich nur ungern vom Bundesverfassungsgericht belehren, wie es beispielsweise auch am Ringen um die Entschädigung für den enteignungsgleichen Eingriff deutlich wurde⁸⁰. Nur beiläufig erwähnt der Bundesgerichtshof die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, und das auch nicht mit ihrem Kerngehalt der Inanspruchnahme der Privatautonomie für die Verwirklichung des Sozialstaates, sondern im Gegenteil zur Bekräftigung des Grundsatzes, daß zunächst einmal alle, die sich auf Geschäfte einlassen, selbst dafür verantwortlich sind⁸¹.

Das höchste deutsche Zivilgericht zieht es vor, auf das schon vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gefundene Prüfschema der Gesamtwürdigung aller subjektiven und objektiven Umstände⁸², des sich aus Inhalt, Beweggrund und Zweck zusammensetzenden Gesamtcharakters des Rechtsgeschäftes⁸³, zurückzugreifen und nunmehr den gefundenen Umständen, die die Schwäche des sich Mitverpflichtenden ausmachen, ein stärkeres Gewicht zuzumessen. Daraus ergibt sich ein fein ausgearbeiteter Katalog von Kriterien. Man wird dem Bundesgerichtshof nicht vorwerfen können, leichtfertig zu handeln. Der Katalog wird allerdings auch bei späteren Ergänzungen niemals abschließend zu verstehen sein, sondern nur beispielhaft die besonders häufig vorkommenden Fallgestaltungen abbilden. Die Struktur des Kataloges lautet im Grundsatz, daß erstens der sich Mitverpflichtende bei Eingehung der Verpflichtung zur Erfüllung außerstande ist und auch voraussichtlich später nicht dazu in der Lage sein wird, daß zweitens der Gläubiger sich hierüber im Klaren ist, daß drittens weitere besondere Umstände hinzutreten, die ein dem Gläubiger zurechenbares unerträgliches Ungleichgewicht der Vertragspartner erzeugen und deswegen das Geschäft als mißbilligenswert erscheinen lassen, und daß viertens keine besonderen Umstände vorliegen, die das Geschäft wieder in ein günstigeres

Licht tauchen⁸⁴. Die Umstände, die zur Nichtigkeit führen, muß der Mitverpflichtete als ihm günstig beweisbar, verbleibende Ungewissheiten gehen zu seinen Lasten⁸⁵.

1. Die Überforderung des Mitverpflichteten

Ausgangspunkt ist die Überforderung des Mitverpflichteten. Die Verpflichtung muß seine gegenwärtigen und seine voraussichtlichen künftigen Einkommens- und Vermögensverhältnisse weit übersteigen⁸⁶. Die Voraussetzung klingt strenger als die schon zuvor erarbeitete⁸⁷, daß der Verpflichtete jetzt und künftig außerstande sein müsse, in nennenswertem Umfang an der Tilgung mitzuwirken. Auf der anderen Seite ist sie offen für den Einzelfall. Man hat den Eindruck, der Bundesgerichtshof habe sich ganz bewußt vor näherer Definition gehütet. Insbesondere setzt er das Kriterium nicht gleich mit der lebenslangen Beschneidung von Einkommen und Vermögen bis zur Unpfändbarkeit, sondern sagt nur, daß allein die Zurückstufung des Lebensstandards auf die Unpfändbarkeit nichts Sittenwidriges darstellt⁸⁸. Auch darf das Risiko der Inanspruchnahme nicht vernachlässigbar gering sein⁸⁹. Auf der anderen Seite scheinen dunkle Ausichten einer Mitverpflichtung nicht

⁷⁸ Hübner, aaO (Fn. 68), S. 722 f.; H. P. Westermann, aaO (Fn. 14), S. 123, 139 f.

⁷⁹ Pape, Die neue Bürgschaftsrechtsprechung – Abschied vom „Schuldturn“?, ZIP 1994, 515, 518.

⁸⁰ BVerfGE 58, 300, 319 ff.; BGHZ 90, 17, 20 ff.; BGH 92, 34, 36 ff.; „gehorsam“ dann BGHZ 100, 136, 144 ff. Dazu Kempen, Der Eingriff des Staates in das Eigentum, 1991, Rdn. 260 ff.

⁸¹ BGH, DZWIR 1994, 416 ff., 420 ff. (in diesem Heft). Diesen überraschenden Befund betont auch Pape, aaO (Fn. 79), S. 515, 516.

⁸² BGH, DZWIR 1993, 64, 65 f. Allerdings handelte es sich hierbei um eine Entscheidung des XI. Senates, während die nun vorliegenden Entscheidungen vom 24. 2. 1994 vom IX. Senat stammen. Die Ansichten der beiden Senate deckten sich in der Vergangenheit nicht (vgl. BGH, DZWIR 1993, 64; BVerfGE, aaO [Fn. 4] S. 36 f.). Inzwischen ist Harmonie eingeleitet. BGH, NJW 1994, 1726, 1727 (vorgesehen für eines der nächsten Hefte der DZWIR), eine Entscheidung des XI. Senats, bezieht sich auf das hier besprochene Urteil des IX. Senats in der Sache IX ZR 93/93.

⁸³ BGH, DZWIR 1994, 416 ff., 420 ff. (in diesem Heft). Dieses Muster entnimmt der Senat zum Teil der eigenen Vergangenheit; er weist auf BGHZ 86, 82, 88, BGHZ 107, 92, 97; BGH, ZIP 1992, 233, 235, hin.

⁸⁴ BGH, DZWIR 1993, 64, 65 f.; BGH, DZWIR 1994, 416 ff., 420 ff. (in diesem Heft).

⁸⁵ BGH, DZWIR 1994, 422 (in diesem Heft).

⁸⁶ BGH, DZWIR 1994, 416 ff., 420 ff. (in diesem Heft).

⁸⁷ BGH, DZWIR 1993, 64, 65. Konkrete Beurteilung S. 66.

⁸⁸ BGH, DZWIR 1993, 64; BGH, DZWIR 1994, 417, 420 (in diesem Heft).

⁸⁹ BGH, DZWIR 1994, 416 ff. (in diesem Heft).

entgegenzustehen, wenn sie (wie immer das im Vertrag zu formulieren sein mag) auf den Fall überraschender Vermögensverbesserung, nicht zuletzt durch Zuwendungen des Schuldners zum Zwecke der Vermögensverschiebungen beschränkt ist⁹⁰.

Damit geht der Bundesgerichtshof dem sich aus der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts ergebenden Problem aus dem Weg, wie denn eine Begrenzung der Lebensführung auf das Minimum der Pfändungsfreigrenzen sozialstaatlich bedenklich sein kann, wenn man vielleicht unterstellen muß, daß die Pfändungsfreigrenzen ihrerseits bereits den Ausdruck einer sozialstaatlichen Begrenzung des Gläubigerzugriffs durch Erhalt eines Mindestvermögens und Mindesteinkommens darstellen. Wenn die Pfändungsfreigrenzen zu niedrig angesetzt sind, um dem vom Sozialstaatsprinzip begründeten Gebot der Schonung einer Mindestausstattung gerecht zu werden, so müßten sie erhöht werden, um ihren Sinn zu wahren. Vermutlich sind sie in der Tat zu niedrig angesetzt, wenn man ihnen gegenüberstellt, welche Sozialleistungen von der öffentlichen Hand eingefordert werden können. Die Pfändungsfreigrenzen für Arbeitseinkommen nach § 850 c ZPO lassen sich nicht einmal entfernt mit der laufenden Hilfe zum Lebensunterhalt nach §§ 11 f, 21 Abs. 1 BSHG vergleichen, insbesondere wenn man bedenkt, daß der Schuldner aus dem ihm verbleibenden Geld das Wohnen bezahlen muß. Ganz zu schweigen ist von einmaligem Bedarf wie Reparaturen, Ersetzung oder Ergänzung von Hausrat, der von dem nicht gepfändeten Geld gewiß nicht mehr zu finanzieren, wohl aber als Sozialleistung gemäß § 21 Abs. 1 a BSHG erhältlich ist.

Man wird nicht guten Gewissens sagen dürfen, daß diejenigen, die nach ehrlicher Angabe ihres Einkommens und Vermögens mit Sozialleistungen versorgt werden, im Luxus leben. Kuriose Einzelfälle im Grenzbereich der genormten Unterstützungsbedürftigkeit und erst recht die massenhafte unberechtigte, nicht selten betrügerische Inanspruchnahme von Sozialleistungen können nicht den Maßstab bilden. Die Summe der Sozialleistungen spiegelt die augenblickliche Vorstellung eines bei austeilender Gerechtigkeit zum Mindesten zu erwartenden Wohlstandes. Die Pfändungsfreigrenzen sind bei Anwendung über einen längeren Zeitraum hinweg vollkommen unzureichend, die lebensnotwendigen Ausgaben zu ermöglichen. Sie erlauben nur kurzfristig, wenn

einmalige Bedarfe nicht auftreten oder ihre Deckung noch ein wenig aufgeschoben werden kann, eine bescheidenste Lebensführung⁹¹. Kurz: Die Pfändungsfreigrenzen liegen (unabhängig von der Frage einer Geldentwertung) auf Dauer unter dem Existenzminimum⁹². Der Schuldner fällt entgegen dem Subsidiaritätsprinzip des Sozialhilferechts (§ 2 Abs. 1 BSHG) über kurz oder lang der Sozialhilfe anheim, obwohl er sich eigentlich selbst helfen könnte, nähme man ihm nicht die Hilfsmittel.

Man kann mit Fug darüber streiten, ob die Korrektur im Zivilrecht oder im Zwangsvollstreckungsrecht vorzunehmen ist⁹³. Die Korrektur „paßt“ wahrscheinlich besser ins Zwangsvollstreckungsrecht, weil dieses sich mit dem (freilich privatnützigen) Eingriff staatlicher Organe befaßt, wo Abwehrrechte des einzelnen, hier zur Erhaltung der Privatautonomie des Schwächeren, systematisch gut unterzubringen sind. Hingegen ist das Privatrecht selbst, auch wenn sein Rahmen vom Staat gesetzt und es letztlich erst mit staatlicher Gewalt durchzusetzen ist, staatsferner. Außerdem fehlt dem privatautonomen Geschäft die zeitliche Nähe zur zwangsweisen Durchsetzung. Die Korrektur geschieht zu früh⁹⁴. Niemand kann die künftigen Einkommens- und Vermögensverhältnisse eines Menschen vorhersagen. Zufälle spielen nicht selten erstaunliche Geldmengen in die Hände von Personen, die dazu nichts Nennenswertes beitragen. Eine Frage der Vorbildung ist die Aussicht auf Reichtum heute jedenfalls – anders als der Bundesgerichtshof es zu glauben scheint⁹⁵ – nicht, wenn sie das überhaupt jemals war. Das steht nicht zu der Lebenserfahrung in Widerspruch, daß junge Menschen, die sich noch in Ausbildung oder allenfalls am Anfang ihrer beruflichen Entwicklung befinden, im Augenblick nicht über erhebliches Vermögen oder weit überdurchschnittliche Einkünfte verfügen, so daß man mangels entgegenstehender konkreter Anhaltspunkte von derzeit bescheidenen finanziellen Verhältnissen ausgehen muß⁹⁶. Solange aber der Gesetzgeber die Pfändungsfreigrenzen nicht anschiessamer, dem lebensnotwendigen Bedarf des Schuldners anpaßbar, ausgestaltet, bleibt dem erkennenden Zivilgericht nichts übrig als vorbeugend im Bürgerlichen Recht den Schutz des Schwächeren einzubauen, es sei denn, es traute dem mit der Zwangsvollstreckung (als Zwangsvollstreckungsorgan oder bei Entscheidung über einen Rechtsbehelf)

befähten Gericht zu, das Zwangsvollstreckungsrecht variabel zu handhaben, insbesondere ausgiebig Vollstreckungsschutz nach § 765 a ZPO zu gewähren.

Für das Modell der Prognose aus der Sicht der Dinge bei Vertragsschluß wird freilich kein Verständnis aufbringen, wer erst nach seiner Mitverpflichtung verarmte. Auch blendende Aussichten bewahren nicht davor, ins Bodenlose zu stürzen. Hier scheint es keinen Schutz zu geben. Um eine Sanktion für zu unterstellendes Verschulden kann es sich dabei nicht handeln. Denn sonst müßte im Prognosemodell die Überlegung erscheinen, daß der die Mithaftung Versprechende sich vielleicht bis zu seinem Versprechen ein wenig mehr hätte ins Zeug legen können, um seine Aussichten zu verbessern, und Versäumtes nach dem Versprechen hätte nachholen müssen. Eine solche Beurteilung der Person wird sich schlechterdings kein Richter zutrauen. Er kann sich nur an das Ist halten, nicht an das Soll. Die Konsequenz wäre, daß eine Mitverpflichtung sittenwidrig ist, die keine Möglichkeit für den Mitverpflichteten vorsieht, von der Last befreit zu werden, wenn im Zeitpunkt der Inanspruchnahme sich herausstellt, daß der Mitverpflichtete künftig dauernd an den Pfändungsfreigrenzen zu leben hätte – vorausgesetzt wiederum, daß weitere belastende Umstände hinzutreten, ohne durch entlastende Umstände aufgewogen zu werden. Zumindest müßte die Ausübung der Rechte aus dem als an sich wirksam beurteilten Geschäft für unzulässig zu erklären sein. Der sozialstaatlich gefärbte Schutz der Privatautonomie kann nicht davon abhängen, wann das lästige Geschäft getätigt wurde. Die Schutzbedürftigkeit dessen, bei dem der Gerichtsvollzieher bereits erscheint, ist nicht geringer als die Schutzbedürftigkeit dessen, bei dem der Gerichtsvollzieher in einigen Jahren vielleicht einmal erscheinen könnte. Dies deckt auf, wie unbefriedigend es ist, die Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit, das Prinzip „alles oder nichts“ als Korrekturmittel einzusetzen und sich so der Gelegenheit zu einer dem Einzelschicksal wirklich angepaßten Regelung zu berauben.

⁹⁰ BGH, DZWIR 1993, 64, 65 f.

⁹¹ Drastisch Pape, aaO (Fn. 79), S. 516: „vegetieren“.

⁹² Anders Eckert, aaO (Fn. 13), S. 948: Pfändungsfreigrenzen entsprechen dem Existenzminimum.

⁹³ Honsell, aaO (Fn. 20), S. 565.

⁹⁴ Vergleiche Wiedemann, aaO (Fn. 10), S. 412 f.

⁹⁵ BGH, DZWIR 1994, 416 f, 420 f (in diesem Heft).

⁹⁶ BGH, DZWIR 1994, 416 ff (in diesem Heft).

Umgekehrt scheint der Schutz auch dann noch zu greifen, wenn sich die ursprünglich beengten finanziellen Verhältnisse einer düsteren Prognose zuwider zum Allerbesten entwickelt haben. Das jedenfalls ist die Konsequenz, wenn der Bundesgerichtshof mit Nachdruck betont, es komme für die Beurteilung des Geschäfts auf die Verhältnisse bei Vertragsschluß an⁹⁷. Die Betrachtung eines bestimmten Zeitpunktes liegt bei Anwendung von § 138 Abs. 1 BGB nahe, damit das rigide Ergebnis — Nichtigkeit oder voller Bestand — auch klar begründet werden kann. Allenfalls mag man noch einen späteren Wandel der sittlichen Anschauungen berücksichtigen wollen. Aber eben diese notwendige methodische Enge läßt die vom Bundesgerichtshof getroffene Wahl des Korrekturmittels als zweifelhaft erscheinen⁹⁸.

Ungeprüft blieb bislang die Frage, ob von einer Überforderung, die im Verein mit weiteren Umständen das Urteil der Sittenwidrigkeit auslösen kann, auch dann gesprochen werden darf, wenn das Geschäft ausgerechnet der Deckung von Bedürfnissen des Existenzminimums dient. In den nun entschiedenen Fällen stellte sich das Problem nicht (wenn man davon absieht, daß jedes Geschäft mehr oder weniger entfernt irgendwie mit der Lebensführung des einzelnen zusammenhängt und auch seine Existenzbedürfnisse beeinflusst). Aber die Allgemeinheit der Vorstellung von einer Überforderung des Vertragspartners nötigt zu der Feststellung, daß die Kategorie wohl kaum greifen darf, wenn es um die Deckung des lebensnotwendigen Bedarfs geht. Denn gerade solche Geschäfte soll ja der Schuldner mit seinen unterhalb der Pfändungsfreigrenzen bestehenden Mitteln finanzieren können.

Im übrigen wird die Kategorie der Überforderung weiterer Strukturierung bedürfen. So wie sie sich jetzt darstellt, ist sie prinzipiell für Geschäfte aller Art nutzbar. Man wird nicht bei der Mitverpflichtung zu Krediten für Bauprojekte oder zu Geschäftskrediten⁹⁹ stehenbleiben können. Die Mitverpflichtung zu Krediten zu einzelnen flüchtigen Zwecken wie einem Urlaub, einer Ausbildung oder einer ärztlichen Behandlung, zur Finanzierung von Vorhaben also, die keinen sächlichen Gegenwert hervorbringen, wird man (erst recht) einbeziehen. Der Schutz wird nicht nur der mitverpflichteten Person, sondern auch dem Kreditnehmer selbst gelten. Ob der Kredit von einer finanzierenden Bank oder von dem Anbieter der begehrten Leistung selbst gewährt wird,

kann unter dem Aspekt des Schutzes keine Rolle spielen. Kredite zum Erwerb von rasch verzehrten oder verfallenden Sachen stehen dem nahe. Es muß sich bei dem überfordernden Geschäft auch nicht notwendig um einen Kredit handeln. Irgendwann kann die Lehre vom Schutz vor Überforderung vor keinem Geschäft mehr haltmachen, soll sie nicht ihre Glaubwürdigkeit überhaupt einbüßen.

2. Kenntnis des Kreditgebers von der Überforderung

Das Merkmal der Sittenwidrigkeit soll auch das Bewußtsein des Gläubigers voraussetzen, den Mitverpflichteten zu überfordern¹⁰⁰. Die Anstößigkeit eines Geschäftes nicht allein nach den äußeren Umständen zu bemessen, sondern auch auf die Gut- oder Böswilligkeit des Gläubigers zu achten, leuchtet dem Gefühl ein, und die Beurteilung als sittenwidrig ist gefühlsabhängig, wenn es auf die Verletzung des Anstandsgefühls aller billig und gerecht Denkenden ankommt. Dem harmlosen Gläubiger mag man das Geschäft nicht zerschlagen, der listige verdient es nicht besser. Unter dem vom Bundesverfassungsgericht hervorgehobenen Leitmotiv des Schutzes der Privatautonomie des Schwächeren ist die Differenzierung hingegen verfehlt. Hat sich der Staat dazu entschlossen, zugunsten des Schwächeren in Verträge einzugreifen, so kann man den Schwächeren nicht gut dem Verderben ausliefern, nur weil das der Stärkere nicht voraussah.

Indessen macht sich der Bundesgerichtshof, wie schon angeführt, den vom Bundesverfassungsgericht formulierten Schutzauftrag nicht zu eigen, sondern bleibt bei dem überkommenen allgemeinen Prüfprogramm, den Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts aus der Zusammensetzung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ergründen¹⁰¹, was die Frage nach der inneren Einstellung beinhaltet. Der herkömmliche Ansatz muß unter dem Eindruck der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts allerdings eher, als das bislang der Fall war, zu dem Ergebnis führen, das Geschäft sei nichtig. Diesem Ziel kommt die Überlegung zu Hilfe, das subjektive Erfordernis schon dann zu bejahen, wenn der Gläubiger zwar die Überforderung nicht kannte, sie sich ihm aber aufdrängte¹⁰², so daß seine vorgeschützte Ahnungslosigkeit als grobe Fahrlässigkeit zu bewerten ist¹⁰³. Ganz bewußt zieht der Bundesgerichtshof hier eine Parallele zur Behandlung des wucherähnlichen Darle-

hens nach § 138 Abs. 1 BGB, wo es erforderlich, aber auch ausreichend sein soll, daß der Darlehensgeber sich leichtfertig der Erkenntnis verschloß, der Darlehensnehmer habe sich nur aufgrund seiner Unterlegenheit auf das ungünstige Geschäft eingelassen¹⁰⁴.

3. Weitere Umstände entscheiden

In ganz besonders krassen Fällen soll schon der bloße Umfang der Mitverpflichtung sittenwidrig sein, nämlich dann, wenn (dem Gläubiger bewußt oder sich aufdrängend) die Verbindlichkeit so hoch ist, daß schon bei Vertragsschluß feststeht, der Bürge werde auch unter günstigsten Umständen nicht einmal einen großen Teil der Forderung tilgen können¹⁰⁵. Führt man sich die oben wiedergegebene Umschreibung des Merkmals der Überforderung¹⁰⁶ vor Augen, weiß man eigentlich nicht so recht, wo in der Beschreibung eines besonders krassen Falles nun die Steigerung liegt. Anscheinend entzieht sich eine solche Bewertung der Definition, und man wird sich mit der Verweisung auf den Einzelfall bescheiden müssen. Die Vorstellung von der besonders krassen Überforderung weckt die Erinnerung an eine Entscheidung des OLG Stuttgart, wonach ein besonders kraß übervorteilendes Geschäft wegen Wuchers nach § 138 Abs. 2 BGB sittenwidrig sei, ohne daß es noch auf das Ausnutzen einer Unterlegenheit des Übervorteilten ankomme, die Übererfüllung des Merkmals „auffälliges Mißverhältnis“ die Nichterfüllung des Merkmals „Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willenschwäche“ ersetze¹⁰⁷.

Grundsätzlich jedoch geben erst weitere belastende Umstände, die nicht

⁹⁷ BGH, DZWir 1994, 417, 420 (in diesen Heft), unter Berufung auf BGHZ 107, 92, 97; BGH, ZIP 1992, 233, 235.

⁹⁸ Vgl. Eckert, aaO (Fn. 13), S. 946 f.; H. P. Westermann, aaO (Fn. 14), S. 139.

⁹⁹ So die Fälle in den hier besprochenen beiden BGH-Entscheidungen.

¹⁰⁰ BGH, DZWir 1993, 65.

¹⁰¹ Siehe bereits oben VI. vor 1.

¹⁰² BGH, DZWir 1994, 422 (in diesem Heft).

¹⁰³ BGH, DZWir 1994, 417 (in diesem Heft), dort allerdings bezogen auf die weiteren belastenden Umstände.

¹⁰⁴ BGH, DZWir 1994, 419 (in diesem Heft), verweist auf BGH, NJW 1984, 2292, 2294, und BGH, NJW 1986, 2564, 2565. Die Paralleltät betont auch Kemper, aaO (Fn. 8), S. 126.

¹⁰⁵ BGH, DZWir 1994, 420 (in diesem Heft). Offen noch BGH, DZWir 1993, 64, 65.

¹⁰⁶ Siehe zuvor VI. 1.

¹⁰⁷ OLG Stuttgart, NJW 1979, 2409, 2412 f.

durch entlastende Umstände aufgewogen werden, den Ausschlag¹⁰⁸. Hier wird die Zeit eine reiche Kasuistik zusammentragen. Die in den in dieser Anmerkung betrachteten Fällen aufgespürten Umstände bilden keinen abschließenden Katalog, wenn sie auch gewiß überaus häufig vorkommen. Namentlich betrifft dies unlautere Einflußnahme auf die Willensbildung des Mitzuverpflichtenden. Zu denken ist insbesondere an eine „Überrumpelung“ in der vermeintlich behüteten und vertrauten Atmosphäre der ehelichen Wohnung, an das Herunterspielen der Bedeutung einer Mitverpflichtung, die Ausübung von Druck durch den Appell an das Verantwortungsbewußtsein des Ehegatten oder des Kindes gegenüber dem Schuldner und die Mißachtung der Verantwortung des Schuldners gegenüber seinem mitzuverpflichtenden Ehegatten oder Kinde, womöglich gepaart mit der Unerfahrenheit des Mitzuverpflichtenden¹⁰⁹. Darauf, ob die Umstände einzeln oder erst in ihrem Zusammenwirken das Urteil der Sittenwidrigkeit auslösen, legt sich der Bundesgerichtshof nicht fest. Er bewahrt sich so eine weitestmögliche Beweglichkeit. Auf eine Zurechenbarkeit der Umstände legt der Bundesgerichtshof allerdings Wert. Das führt zum einen zu der Feststellung, daß die Umstände dem Gläubiger bekannt sein müssen (was bei den vom Gläubiger selbst gesetzten Umständen keiner Erklärung bedarf) oder daß der Gläubiger sich zumindest der Erkenntnis bewußt verschloß¹¹⁰. Zum anderen kann sich der Gläubiger nicht hinter seinen Mitarbeitern oder sonstigen Hilfspersonen verbergen, sondern muß sich deren Verhalten in entsprechender Anwendung von § 278 BGB zurechnen lassen¹¹¹. Soweit es um das Wissen oder Wissenmüssen von Hilfspersonen geht, wird man wahrscheinlich ergänzend § 166 BGB analog anzuwenden haben.

a) Überrumpelung

Der Gesichtspunkt der plötzlichen Konfrontation mit dem Ansinnen, sich mitzuverpflichten, kann nach Ansicht des Bundesgerichtshofes ins Gewicht fallen, obwohl das in § 56 Abs. 1 Nr. 6 der Gewerbeordnung enthaltene Verbot von Bankgeschäften im Reisegewerbe seit einigen Jahren stark gelockert ist. Der Bundesgerichtshof appelliert an das Mitleid, wenn er dies damit begründet, die Neufassung von § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO zwingt nicht dazu, den Schutz der Betroffenen noch mehr einzuschränken¹¹². Methodisch nüchterner kann man feststellen, die Lockerung des Ge-

werberechts beinhalte nicht die Annahme, auch die guten Sitten seien in Bezug auf eine Überrumpelung loser geworden. Die Empfindung, der sich zur Mitverpflichtung hinreißen Lassende bedürfe des Schutzes, wird nicht zuletzt an der Auseinandersetzung mit der Frage deutlich, ob der sich Mitverpflichtende das Widerrufsrecht nach § 1 Abs. 1 des Gesetzes über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften oder nach § 7 Abs. 1 des Verbraucher-kreditgesetzes genießt¹¹³.

b) Verharmlosende Darstellung der Mitverpflichtung

Der Gesichtspunkt der Überrumpelung steht in enger Nachbarschaft zur Verharmlosung der Mitverpflichtung. Schilderungen, wonach der Mitarbeiter der Bank scheinbar beiläufig um die Unterschrift bat, weil er das für die Akten benötige, ein nennenswertes Risiko damit aber nicht verbunden sei¹¹⁴, sollten an sich Erstaunen auslösen, entsprechen aber vollkommen gängiger Handhabung. Die Bankmitarbeiter sind sich dabei wahrscheinlich nicht einmal darüber im Klaren, welch – selbst bei günstiger Beurteilung der Bonität des Schuldners¹¹⁵ – groteske Verniedlichung¹¹⁶ sie betreiben. Wenn man mit Mitarbeitern im Kreditgewerbe oder auch im Handel spricht, so stößt man auch dann, wenn sie mit der Akquisition von Geschäften größeren Umfangs betraut sind, nicht selten auf eine bemerkenswerte Unkenntnis der rechtlichen Zusammenhänge, nicht zuletzt der Haftungsfrage. Insbesondere besteht weit verbreitet die Auffassung, Eheleute hätten ohnehin wechselseitig füreinander einzustehen. Auch ist die Unterscheidung zwischen dinglicher Haftung, insbesondere mit einem Grundstück, und persönlicher Haftung, namentlich durch Schuldbeitritt, weitgehend unbekannt. Entsprechend sorglos ist der Umgang mit den allortorten benutzten Formularen. In Bürgschaftsvordrucken steht ganz schlicht das Wort „selbstschuldnerisch“, allenfalls zuweilen ergänzt um die Wendung, auf die Vorausklage werde verzichtet¹¹⁷. Diese Ausdrucksweise ist korrekt, sagt aber den Beteiligten nichts, und zwar häufig weder dem Kunden noch dem Mitarbeiter des Gläubigers. Als ob dies gar nicht anders sein könne, soll die Bürgschaft nicht eine ganz bestimmte Forderung abdecken, sondern alle bestehenden und künftigen Forderungen aus der gesamten Geschäftsverbindung, deren Umfang der Bürge nicht entfernt errahnen kann¹¹⁸. Die Formulare zur Zweckbe-

stimmung einer Grundsuld sehen wie selbstverständlich vor, daß der (mit dem Schuldner nicht identische) Eigentümer die persönliche Haftung für den Betrag der Grundsuld (mit Zinsen usw.) übernehme. Die Gewohnheit, die Geschäfte stets nach vorgegebenem Muster zu betreiben, im Verein mit Fehlvorstellungen vom gesetzlichen Haftungssystem, läßt den Mitarbeiter tatsächlich glauben, die Unterschrift zur Mitverpflichtung sei nicht oder kaum mehr als eine Klarstellung, so daß er sie ganz treuherzig als nichts Bedeutsames bezeichnet.

Diese Variante der Verharmlosung betrifft die rechtliche Lage. Verharmlosung kann aber auch das Tatsächliche der Bonität des Schuldners (oder eines weiteren Mitverpflichteten¹¹⁹) betreffen. Davor, geradezu eine vorvertragliche Pflicht zur Aufklärung anzunehmen, scheut sich der Bundesgerichtshof allerdings. Der Gläubiger darf sich mit der eigenen Einschätzung begnügen, das Risiko sei vertretbar; er muß seine Einschätzung nicht dem Mitzuverpflichtenden offenbaren oder auch nur den Wissenstand des Mitzuverpflichtenden ermitteln¹²⁰. Erst wenn er sich eines Informationsvorsprungs gewiß ist, darf er ihn nicht verheimlichen¹²¹. Dahinter steht die nicht zu beanstandende Vorstellung, daß der Mitzuverpflichtende – dessen Rolle es ja ist, den Gläubiger vor dem Kreditrisiko in Schutz zu nehmen¹²² – grundsätzlich näher daran ist, sich von der Bonität des Schuldners ein Bild zu machen. Ob ihm das tatsächlich

¹⁰⁸ BGH, DZWir 1993, 64, 65; BGH, DZWir 1994, 416 f., 420 (in diesem Heft).

¹⁰⁹ BGH, DZWir 1993, 64, 65; BGH, DZWir 1994, 417, 420 (in diesem Heft).

¹¹⁰ BGH, DZWir 1994, 418 f., 422 (in diesem Heft). Genügt vielleicht Leichtfertigkeit?

¹¹¹ BGH, DZWir 1994, 419 (in diesem Heft).

¹¹² BGH, DZWir 1993, 64, 65.

¹¹³ Dazu Erman/Klingsporn, BGB, 1. Bd., 9. Aufl. 1993, § 1 HausTWG Rdn. 4 a–c; OLG Stuttgart, NJW 1994, 867 f.; Köndgen, aaO (Fn. 20), S. 1509. Wiedemann, aaO (Fn. 10), S. 413, schlägt vor, ein Widerrufsrecht des Mitverpflichteten gesondert gesetzlich festzulegen.

¹¹⁴ BVerfG, aaO (Fn. 4), S. 37; BGH, DZWir 1994, 416 f. (in diesem Heft).

¹¹⁵ BGH, DZWir 1994, 419 f. (in diesem Heft).

¹¹⁶ Vgl. OLG Celle, WM 1988, 1436, 1438.

¹¹⁷ Vgl. BVerfG, aaO (Fn. 4), S. 37.

¹¹⁸ Vgl. BVerfG, DZWir 1994, aaO (Fn. 4), S. 37; BGH, DZWir 1994, 419 (in diesem Heft). Inzwischen hat die Ausdehnung der Bürgschaft auf die gesamte Geschäftsverbindung eigenständige Bedeutung unter dem Gesichtspunkt der nach § 3 AGBG unwirksamen überraschenden Klausel gewonnen: BGH, NJW 1994, 2145 f.

¹¹⁹ Zu denken ist insbesondere an ein Darlehen, das einer GmbH oder einer GmbH & Co. KG nur dann gewährt wird, wenn sich der Inhaber und sein Ehegatte oder sein Kind verbürgen.

¹²⁰ BGH, DZWir 1994, 423 (in diesem Heft).

¹²¹ BGH, DZWir 1994, 423 (in diesem Heft).

¹²² Canaris, aaO (Fn. 17), Rdn. 113.

möglich ist¹²³, kann freilich durchaus angezweifelt werden. Für die Bank werden nicht selten die Vermögensverhältnisse wesentlich transparenter sein als für den Mitzuverpflichtenden, auch wenn dies der Ehegatte oder das Kind ist. Hinzu kommt die größere Erfahrung der Bank, bestimmte gegenwärtige Verhältnisse auf ihre künftige Entwicklung hin zu deuten. Von der Annahme, der Gläubiger sei mit dem Beweis belastet, er habe den Mitverpflichteten zuvor eingehend über die Risiken des Geschäfts aufgeklärt¹²⁴, ist der Bundesgerichtshof noch weit entfernt. Die Zurückhaltung der Frage der Aufklärung wird freilich zum Teil dadurch kompensiert, daß das Risiko der Inanspruchnahme schon in die Ausgangsvoraussetzung einer Überforderung des Mitverpflichteten einfließen kann. Im übrigen würde die Aufklärung, so sie der Gläubiger als generell pflichtmäßig zu erteilen vornahme, nicht den Druck beseitigen, der auf dem Mitzuverpflichtenden lastet, welcher sich als naher Angehöriger zur Hilfe genötigt fühlt¹²⁵.

c) Appell an die Hilfsbereitschaft

Der Gesichtspunkt des Appells an die Liebe und Hilfsbereitschaft des Ehegatten oder Kindes wird als besonders infam empfunden, was sich in der ausführlichen Würdigung durch den Bundesgerichtshof spiegelt¹²⁶. Wer den Druck ausübt — der Gläubiger oder sein Mitarbeiter oder der Schuldner — ist im Prinzip gleichgültig. Ist es der Gläubiger selbst, bedarf das keiner weiteren Ausführung. Die Beeinflussung durch den Mitarbeiter wird nach § 278 BGB zugerechnet¹²⁷. Die Beeinflussung des mitzuverpflichtenden Kindes durch den Schuldner ist in erster Linie als schwere Verfehlung des Schuldners gegen seine in § 1618 a BGB beschriebene Pflicht zur Rücksichtnahme bei der Einforderung des Beistandes des Kindes einzustufen¹²⁸. Dabei ist die Verpflichtung des Kindes, den auf Kredit angewiesenen Eltern nach Kräften zu helfen, schon berücksichtigt¹²⁹. Richtet sich das überfordernde Ansinnen an den Ehegatten, wird man dies als Verstoß gegen die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft nach § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB, die ihrerseits den Ehegatten nur zur maßvollen Unterstützung verpflichtet, zu bewerten haben. Der Gläubiger kann sich indessen nicht damit beruhigen, eine solche Beeinflussung sei bloße Familienangelegenheit. Kennt er sie oder läßt er sie grob fahrlässig außer acht, so ist sie ihm zuzurechnen¹³⁰. Die Ausnutzung der günstigen Gelegenheit ist sittlich zu mißbilligen¹³¹. Besonders weitreichenden Schutz ver-

heißt in diesem Modell der Vorschlag, die Beweislast in der Frage der Ausübung von Druck auf den Gläubiger zu verlagern, ihm also den Beweis aufzulegen, daß ein solcher, zunächst einmal zu vermutender Druck nicht bestanden habe oder jedenfalls nicht durch entlastende Motive kompensiert ist¹³².

d) Unerfahrenheit

Fast kaum zu trennen von der angesichts familiärer Verantwortung ungehörigen Beeinflussung spielt die Unerfahrenheit des Mitzuverpflichtenden und ihre Ausnutzung eine Rolle¹³³. Dieser aus § 138 Abs. 2 BGB bekannte Gesichtspunkt wird voraussichtlich noch eine ganz erhebliche Eigenständigkeit gewinnen, wenn es um die Mitverpflichtung anderer Personen geht als solcher, denen gegenüber der Schuldner familienrechtlich nur Rücksichtnahme verpflichtet ist. Hinzutreten wird die Überlegung, daß überhaupt das Ansinnen an jemanden, der nicht familienrechtlich grundsätzlich zur Hilfe verpflichtet ist, eine Zumutung darstellt (der sich freilich der Außenstehende auch leichter entziehen kann).

4. Entlastende Umstände

Entlastende Umstände, die das Urteil der Sittenwidrigkeit abwenden, können darin liegen, daß der Mitverpflichtete selbst Nutzen aus dem Kredit zieht oder eine hinreichende Motivation des Gläubigers für die Mitverpflichtung nachzuvollziehen ist¹³⁴.

a) Beteiligung am Gegenwert

Wenn der Mitverpflichtete an dem zu finanzierenden oder abzahlenden Gegenstand beteiligt ist, spricht das für die Legitimität der Mitverpflichtung¹³⁵. Zu denken ist insbesondere an die gemeinsame Anschaffung von Grundstücken, Fahrzeugen oder Möbeln. Lediglich mittelbare Vorteile — die Abgrenzung wird erst eine langjährige Erfahrung mit diesem Kriterium veranschaulichen können — reichen nicht¹³⁶. Eine dingliche Mitbeteiligung muß es aber auch nicht sein. Es genügt zum Beispiel die Befugnis, das zu finanzierende Bauprojekt (ergänze: gegen Vergütung oder Beteiligung an den Erträgen) zu verwalten¹³⁷. Die Aussicht, später einmal alles zu erben, soll dagegen nicht genügen, weil derzeit sich keine Verbesserung der Vermögenslage ergibt¹³⁸. Das ist plausibel, wenn man bis zum Erbfall mit willkürlichen letztwilligen Verfügungen rechnen muß. Anders ist es beim Erbvertrag, soweit dieser unentziehbare Positionen enthält. Zum Troste des Gläubigers genügt es, wenn er

nach sorgfältiger Prüfung den Eindruck gewinnen darf, der Mitzuverpflichtende sei wirtschaftlich an dem Vorhaben beteiligt¹³⁹. Andererseits kann auch scheinbare oder sogar tatsächliche Beteiligung die Mitverpflichtung nicht rechtfertigen, wenn sie voraussichtlich äußerst risikoreich war, weil das die Erkenntnis aufdrängt, daß letztlich doch nur die Unerfahrenheit wirkte¹⁴⁰. Der Bundesgerichtshof wird abgeben müssen, ob er mit solchen Überlegungen nicht einen Freibrief für Spekulanten ausstellt. Gelingt das Geschäft, genießt man still den Gewinn. Mißlingt es, beklagt man, wie schamlos man in den Ruin getrieben worden sei und veranlaßt die Beurteilung als von vornherein unwirksam.

b) Vorsorge gegen Vermögensverschiebungen und Hebung der Vertragstreue

Als Motiv für die Mitverpflichtung kehrt der Gläubiger nicht so sehr die Erweiterung der Haftungsmasse hervor, sondern die Vorbeugung gegen Vermögensverschiebungen durch den Schuldner, die eben durch die Mitverpflichtung nutzlos sind¹⁴¹. Des weiteren verspricht sich der Gläubiger — natürlich eigennützig und nicht aus Sorge um das Wohlergehen¹⁴² — eine Stärkung des Verantwortungsbewußtseins des Schuldners, der seinen Angehörigen mit in Gefahr sieht, wenn er (der Schuldner) sich nicht um die ordentliche Erledigung des Geschäfts kümmert¹⁴³. Die Vermeidung von Vermögensverschiebungen ist grundsätzlich ein respektables Ziel, soll aber nicht die unbegrenzte Haftung

¹²³ Wovon BGH, DZWir 1994, 423 (in diesem Heft), auszugehen scheint.

¹²⁴ Pape, aaO (Fn. 79), S. 516.

¹²⁵ Vgl. H. P. Westermann, aaO (Fn. 14), S. 137.

¹²⁶ BGH, DZWir 1994, 416 ff, 420 ff (in diesem Heft).

¹²⁷ BGH, DZWir 1994, 419 (in diesem Heft).

¹²⁸ BGH, DZWir 1994, 417 f, 420 f (in diesem Heft).

¹²⁹ Vgl. BGH, DZWir 1994, 422 (in diesem Heft), mit der Feststellung, die Eltern seien in keiner Weise auf das Vorhaben angewiesen.

¹³⁰ BGH, DZWir 1994, 416 f (in diesem Heft).

¹³¹ BGH, DZWir 1993, 64, 65; Tiedtke, aaO (Fn. 15), S. 568.

¹³² Pape, aaO (Fn. 79), S. 517.

¹³³ BGH, DZWir 1994, 416 f (in diesem Heft), Tiedtke, aaO (Fn. 15), S. 568.

¹³⁴ BGH, DZWir 1993, 64, 65 f; BGH, DZWir 1994, 420 f (in diesem Heft).

¹³⁵ BGH, DZWir 1993, 64, 65; BGH, DZWir 1994, 420 (in diesem Heft).

¹³⁶ BGH, DZWir 1993, 64, 65.

¹³⁷ BGH, DZWir 1994, 422 (in diesem Heft).

¹³⁸ BGH, DZWir 1994, 421 (in diesem Heft).

¹³⁹ BGH, DZWir 1994, 422 (in diesem Heft).

¹⁴⁰ BGH, DZWir 1994, 422 (in diesem Heft).

¹⁴¹ BGH, DZWir 1993, 64, 65 f; BVerfG, aaO (Fn. 4), S. 36.

¹⁴² Zynisch Löwe, aaO (Fn. 3), S. 1759.

¹⁴³ BVerfG, aaO (Fn. 4), S. 36.

rechtfertigen¹⁴⁴. Auch soll sie als überflüssig erscheinen, wenn kein Zweifel daran bestehe, daß der Schuldner den Kredit nur zweckgerecht verwende¹⁴⁵ — was eigentlich nichts miteinander zu tun hat. Ferner soll vollständige dingliche Sicherung das Ansinnen nach Mitverpflichtung wegen der Befürchtung von Vermögensverschiebungen als unnötig darstellen¹⁴⁶. Dieser letztlich im Problem der Übersicherung mündende Gedanke ist besonders bemerkenswert, wenn es um die Inanspruchnahme des Bürgen zu einem Zeitpunkt geht, in dem sich erwiesen hat, daß die dingliche Sicherheit eben doch nicht ausreichte, die Prognose aus der Sicht der Dinge zu Beginn des Geschäfts durch die Realität längst widerlegt wurde¹⁴⁷. Zudem fällt es nicht ganz leicht, die günstige Prognose für die dingliche Sicherheit mit gleichzeitiger düsterer Prognose lebenslanger Verschuldung des Mitzuverpflichtenden in Einklang zu bringen.

VII. Auswirkungen

Unzählige Kredite werden nach dem Modell des Bundesgerichtshofes von der Unwirksamkeit der Mitverpflichtung naher Angehöriger, das er unter dem — nicht zugegebenen — Eindruck der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts entwickelt hat, weitgehend oder völlig entschert sein, zumal wenn man die Ausbaufähigkeit der Überlegungen bedenkt. Die meisten Kreditgeber werden selbst wahrscheinlich nicht in Not geraten, da die zusätzlichen Zahlungsausfälle dort, wo vorerst ohnehin so gut wie nichts zu holen war, überschaubar bleiben. Auf lange Sicht sind die Einbußen freilich empfindlich, da aus dem einmal für nichtig erachteten Geschäft nicht nach Jahren, in denen der Mitverpflichtete zu Geld gekommen sein kann, noch die Befriedigung erreicht werden kann. Immerhin wird auch dann kaum ein Gläubiger zusammenbrechen. Manche Gläubiger werden ein vertraglich vorbehaltenes Recht auf jederzeitige Nachsicherung geltend machen und den Schuldner zur Beschaffung weiterer Sicherheit veranlassen. Kann der Schuldner dem nicht nachkommen, wird im einen oder anderen Fall der Gläubiger ein ihm im Vertrag zugestandenes Kündigungsrecht ausüben. Alle Gläubiger aber werden die entstandenen Verluste umverteilen, bemerkbar an der Verteuerung von Krediten (namentlich der Banken und Sparkassen) oder der sonstigen Leistungen (namentlich des Handels) einerseits und der Verschlechterung der Kon-

ditionen für die Kapitalanlage andererseits. Die ketzerische Frage wird gestatet sein, ob es sozial ist, die Kosten mißlungener Geschäfte denen aufzuerlegen, die noch weniger für den gescheiterten Kredit verantwortlich gemacht werden können als der Mitverpflichtete¹⁴⁸. Die Hürde vor dem Erlangen von Kredit ist gewiß nun etwas höher, weil Kreditgeber künftig sorgfältiger das Risiko des Geschäfts erwägen werden¹⁴⁹. Aber wenn es einmal gelungen ist, das Interesse eines Kreditgebers zu wecken, entfaltet die Rechtsordnung einen Schutz, der schon bei Vertragsabschluß beginnt und all denjenigen ein Spott sein muß, die sich ihr Vorhaben versagen, bis die unter Entbehrungen zusammengetragenen eigenen Ersparnisse genügen, aus dem dann getätigten Geschäft aber nicht mehr fliehen können¹⁵⁰.

Die Entlastung vom gegebenen Versprechen ist nicht dazu angetan, das Bewußtsein der Verantwortung für das eigene Verhalten zu stützen, geschweige denn zu stärken¹⁵¹. Wer einen Berg von Schulden hinterläßt, wird geradenwegs dazu gedrängt, sich unter allen Umständen als das Opfer einer unglücklichen Verkettung von Umständen und der unwiderstehlichen, Sirenenklängen gleichenden, Verlockungen der Geschäftspartner zu sehen. Das Unschuldgefühl ist verständlich, wenn man bedenkt, wie sehr der Staat die Möglichkeiten zur wirtschaftlichen Betätigung — namentlich in den Bereichen Abgaben, Bauleitplanung und Bauordnung, Umweltschutz, Arbeit und Soziales, reguliert und damit der denkbaren Entwicklung eines Vorhabens nur engen Raum läßt. Nur zu leicht ist nachvollziehbar, wie aus trotziger Empfindung der Ohnmacht eine Gleichgültigkeit entsteht, in der man sich allen Folgen entzieht und der Gemeinschaft das Aufräumen überläßt. Die Frage ist allerdings, wieviel Umverteilung die Gemeinschaft aushalten kann, ohne zu zerfallen, weil irgendwann diejenigen, die nicht im Durchschnitt ihre Einzahlung rückvergütet sehen, am Ende ihrer Leistungsfähigkeit und Leistungswilligkeit angelangt sind. Das Modell des Schutzes vor der eigenen Willenserklärung durch eine Beurteilung als entweder im Ganzen sittenwidrig oder im Ganzen nicht zu beanstanden, ohne die Gelegenheit zu Zwischenlösungen, bedarf dringend der Differenzierung, weil es unrealistische Verheißungen enthält.

Summary

German Civil Law is based on the principle of contractual freedom. Responsibility for one's own actions is the other side of the medal of freedom. It means that one is bound by one's commitments, even if they turn out to be a heavy burden. Contractual freedom is limited by § 138 (1) BGB (German Civil Code), according to which a transaction is null and void if it is against public morals. Before one reaches this limit, it is possible in individual cases to regard the insistence of one party to a contract on the completion of the transaction as a violation of the principle of good faith, which dominates the contractual relationship according to § 242 BGB. Otherwise, one would have to think before entering into a transaction about whether the consequences thereof are bearable. This applies especially to security transactions which do not provide any direct benefit to oneself, but only to a creditor and his debtor. The Federal Constitutional Court and the Federal High Court of Justice have now defined the limits for demanding payment from a guarantor in such a way that the question arises whether the principle of contractual freedom has been given up to a certain extent.

Résumé

Le droit civil allemand se base sur le principe de la liberté contractuelle. Le revers de cette liberté est la responsabilité de sa propre conduite. Cela signifie être lié par des transactions volontaires même lorsque celles-ci se révèlent être une lourde charge. La liberté contractuelle se trouve limitée par une nullité du contrat en raison d'une dérogation aux lois qui intéressent les bonnes mœurs, conformément au § 138, al. 1 du Code civil allemand. Avant d'atteindre cette extrémité, la persistance du partenaire contractuel à exécuter l'opération peut, dans des cas isolés, être estimée comme un manquement aux principes de loyauté et de confiance réciproques qui d'après le § 242 régissent les relations contractuelles. Par ailleurs, avant de conclure une opération, il faut s'assurer que l'on peut en porter les conséquences. Cela concerne en particulier les opérations de cautionnement qui n'apportent personnellement aucun profit direct mais servent seulement un créancier et son débiteur. La Cour constitutionnelle fédérale allemande ainsi que la Cour fédérale de justice ont maintenant défini les barrières du recours à la caution de telle façon que l'on est en droit de s'interroger si le principe de liberté contractuelle n'est pas délaissé à des secteurs secondaires.

¹⁴⁴ Vgl. Reuter, aaO (Fn. 62), S. 51.

¹⁴⁹ Pape, aaO (Fn. 79), S. 518; vgl. H. P. Westermann, aaO (Fn. 14), S. 123, 139 f.

¹⁵⁰ Vgl. Hübner, aaO (Fn. 68), S. 724 f.

¹⁵¹ Drastisch Knütel, Rechtseinheit in Europa und römisches Recht, ZEuP 1994, 244, 249: die von der Europäischen Union betriebene Rechtsvereinheitlichung läßt in den nationalen Rechtsordnungen ein Regelwerk zum Verbraucherschutz heranwachsen, das „für diesen Bereich die Privatautonomie erstirkt“.

¹⁴⁴ BGH, DZWIR 1993, 64, 65 f.

¹⁴⁵ BGH, DZWIR 1994, 420 f. (in diesem Heft).

¹⁴⁶ BGH, DZWIR 1994, 420 f. (in diesem Heft).

¹⁴⁷ So im Fall BGH, DZWIR 1994, 420 (in diesem Heft).